

البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين
المعروف ببدر الدين العيني الحنفي
المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان
مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء التاسع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب أدب القاضي

م: (كتاب أدب القاضي)

ش: أي هذا كتاب في بيان أدب القاضي . والأدب الخصال الحميدة ، سميت به لأنها تدعو إلى الخيرات والحسنات ، من الأدب بسكون الدال ، وهو الدعاء .

قال طرفة الشاعر :

نحن في المشاة ندعو الجفلى لا ترى الأدب فينا يفتقر

والأدب فاعل من أدب يأدب أدبًا ، إذا دعا ، وسمي الأدب أدبًا لأنه يدعو الناس إلى المحامد . وعن أبي يزيد : الأدب يقع على رياضة محمودة ، فيخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل .

والمراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو إليها ، والقضاء يستعمل في أشياء، ويراد به في الشرع الإلزام ، وقيل القضاء الحكم .

وقال ابن أبي قتيبة : القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى واحد أصله الحتم والفراغ عن الأمر ، وبه يجري ألفاظ القرآن .

وفي الشرع يراد به الإلزام ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم، وأصله قضاي ، لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، كرداء أصله رداي . ولما كان وضع القضاء لفصل الخصومات ، وتنفيذ الأحكام ، وأكثر الخصومات يقع في البياعات والديون ، ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء.

وفي الزاد القضاء فريضة محكمة وشرعة متبعة ، وعبادة شريفة لأجل ذلك أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام الخلافة بقوله ﴿ **إني جاعل في الأرض خليفة** ﴾ (البقرة: الآية ٣٠) ولداود عليه السلام بقوله تعالى ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة**﴾ (ص: الآية ٢٦) ، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء عليهم السلام ، ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا ، وبالسنة لما روي أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال : « **إذا اجتهد الحاكم فأخطأ ، فله أجر ، وإن أصاب فله أجران** » [1] ،

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٢١٠) من طريق يزيد بن عبد الله بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن بسر بن سعيد عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص . . . مرفوعًا .

ورواه ص (٢٠٤) من طريق عبد الرزاق نا معمر عن سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا . وهذا مخرج في الصحيحين.

وحديث معاذ لما بعثه النبي ﷺ[1] ظاهر وبالإجماع وهو ظاهر وبالمعقول وهو أن في القضاء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ودفع الظلم عن المظلوم ، ودفع التهارج ، وقطع المنازعات ، وفصل الخصومات ، والكل حسن عقلاً وهو فرض كفاية بالإجماع ، وإن لم يصلح للقضاء إلا واحد ، تعين عليه ووجب عليه بالإجماع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى**) ش: بفتح اللام اسم مفعول من التولية ، وإنما قال المولى ولم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه م: (**شرائط الشهادة**) ش: وهي الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعدالة ، لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة م: (**ويكون**) ش: بالنصب عطفًا على قوله حتى يجتمع م: (**من أهل الاجتهاد**) ش: الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية ، لاشرط الجواز ، وقيل شرط الجواز وإليه مال صاحب شرح الأقطع .

وفي «وجيز الشافعية» ، لا بد للقضاء من صفات ، وهو أن يكون ذكرًا حرًا ، مجتهدًا ، بصيرًا عدلاً ، فلا يجوز قضاء المرأة ، والأعمى ، والصبي ، والفاسق ، والجاهل ، والمقلد انتهى .

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيًا . وذكر الخصاف : ما يدل على جوازه ، لأنه قال : القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي ، فإن لم يكن له رأي ، وسأل فقيهًا ، أخذ بقوله .

والدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز ما أخرجه أبو داود عن شريك - رحمه الله - عن سماك عن حنش عن علي رضي الله تعالى عنه ، قال : « **بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ، فقال : إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال : فما زلت قاضيًا ، وما شككت في قضاء بعد** »، ورواه

(١) ضعيف جدًا : رواه أبو داود في «القضاء - باب اجتهاد الرأي في القضاء » (٣٥٩٢) والترمذي في «الأحكام - باب ما جاء في القاضي كيف يقضي » (١٣٥٠) من طريق الحارث بن عمرو عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ عن معاذ . . . مرفوعًا . وأخرجاه أيضًا من طريق الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ . . . مرسلاً .

قلت: والراوي عن الحارث بن عمرو في الحالتين هو أبو عون وعنه شعبة ، فهذا الاضطراب من الحارث بن عمرو وهو مجهول .

قال الترمذي : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل ، وأبو عون الثقفي اسمه محمد ابن عبيد الله .

أما الأول ، فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية ،

الحاكم - رحمه الله - أيضًا في مستدركه ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وعلي لم يكن حينئذ من أهل الاجتهاد ، وقال الأستروشني في «فصوله» : قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حل له الاجتهاد ، وقاله البستي في «أصوله» . قال بعض أصحابنا : إذا كان عالمًا في مسألة تعرف حقيقتها ، ولا يخفى عليه دقيقتها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة ، وأما المجتهد الذي ذكره أهل الأصول ، فهو أن يكون عالمًا بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية ، ولا يشترط أن يكون عالمًا بجميع ما في الكتاب والسنة ، وهذا عزيز ، والرخصة في ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام ، ويشترط أيضًا أن يكون عالمًا بوجوه العمل بالكتاب والسنة والإجماع على ما عرف في أصول الفقه ، وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدًا ، ويجب عليه العمل باجتهاده ، ويحرم عليه تقليد غيره ، كذا في الميزان .

وقال صدر الإسلام البزدوي في «أصوله» ، وأهل الاجتهاد من يكون عالمًا بالكتاب ناسخه ومنسوخه ، وعالمًا بالسنن ناسخها ومنسوخها ، وعالمًا بمعاني الكتاب والسنن التي هي أقيسة . وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في كتاب الحدود ، وبعضهم قالوا يجب أيضًا أن يكون عالمًا بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية ، والصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه ، من يكون عالمًا بدلائل الفقه ، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والقياس ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام .

وأما المفتي فقد قال صدر الإسلام البزدوي في أصوله : أجمع الفقهاء والعلماء ، أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، فإنه لا يقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ، فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محالة ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية ، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ، ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام -رحمه الله- .

م: **(أما الأول)** ش: يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها م: **(فلأن حكم القضاء يستقى)** ش: أي يستفاد ، وهكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - يستقى من حكم الشهادة ، أي يؤخذ ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق ترشيح الاستعارة ، لمشابهة العلم بالماء ، إذ به حياة الأرواح ، كما أن بالماء حياة الأشياء م: **(من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما)** ش: لأنه مبنى القضاء على الشهادة كما مر م: **(من باب الولاية)** ش: إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ، ولأن كل واحد منها إلزام ، فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم .

فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة

م: (**فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء**) ش: هذا نتيجة ما قبله من الكلام ، وكذلك قوله م: (**وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء**) ش: بل اشتراطها في القضاء أولى ، لأن القضاء ولاية عامة م: (**والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح**) ش: أي تقليده م: (**إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا**) ش: وقال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمهما الله - : لا يصح تقليده ، وبه قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - قلت: الصواب معهم ، ولاسيما قضاة هذا الزمان . وقال أصبغ المالكي: يصح ، ولكن يجب عزله .

وفي «وسيط الغزالي» : اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما مستعذر في عصرنا بخلو العصر عن المجتهد والولي ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقًا .

وفي «خلاصة الفتاوى» : واختلفت الروايات في تقليد الفاسق للقضاء ، والأصح أنه يصح التقليد ، ولا ينعزل بالفسق ، ثم قال ، قال في« المحيط» : يستحق العزل عند عامة المشايخ - رحمهم الله - إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جاء ينعزل . وعند الشافعي - رحمه الله - ينعزل ، والإمام يصير إمامًا مع الفسق ، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي «نوادر هشام» ، قال محمد - رحمه الله - :لو فسق القاضي ثم تاب ، فهو على قضائه ، وحكي عن الكرخي : أنه ينعزل بفسقه ، وعن علي المرازي صاحب أبي يوسف - رحمه الله - :أنه ينعزل القاضي بفسقه ، ولا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب« الأجناس » وقال فيه أيضًا :

وفي« أدب القاضي» للحسن بن زياد : وفي قاضي خان مكث وهو تقي ، ثم فسق بعد ذلك وارتشى ، وقد كان قضى بقضايا ، قبل أن يفسق ، وبقضايا بعدما فسق أبطل كل قضية قضى بها، بعدما فسق ، وأنفذت القضايا التي قضي بها قبل أن يفسق .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو أن قاضيًا قضى بين الناس زمانًا ، وأنفذ قضايا كثيرة ، ثم علم أنه فاسق مرتش ، لم يزل منذ ولي على ذلك ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن تبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الأجناس .

م: (**ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة**) ش: الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه

أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا -رحمهم الله- وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه ، كما لا تقبل شهادته عنده . وعن علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- في «النوادر» أنه لا يجوز قضاؤه ، وقال بعض المشايخ -رحمهم الله -: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ،ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق؛ لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيًا بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتيًا ؟قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق حذرًا عن النسبة إلى الخطأ .

مأخوذة من الرشا بالمد ، فإن نازح البئر لا يتصل إليه إلا به ، فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها والرشوة على أربعة أوجه :

منها ما هو حرام للآخذ والمعطى ، وهو الرشوة في تقليد القضاء ، فإنه لا يصير قاضيًا بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق ، ومنها ما يأخذه القاضي على القضاء ، وهو حرام من الجانبين أيضًا ، ولا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق ، ومنها ما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الآخذ لا الدافع ، ومنها ما لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان ، حل الدفع ، ولا يحل الأخذ ، فلو أراد الآخذ أن يحل ، يستأجر الدافع الآخذ يومًا إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه يجوز هذه الإجارة ، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل ، وإن شاء استعمله في غيره . كذا في «فتاوى قاضي خان» - رحمه الله - و«أدب القاضي» للصدر الشهيد- رحمه الله - م: (**أو غيره**) ش: أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي م: (**لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا - رحمهم الله-**) ش: أي علماء بخارى وسمرقند - رحمهم الله - .

م: (**وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده**) ش: أي : عند الشافعي - رحمه الله - م: (**وعن علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -**) ش: وهو أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - م: (**في« النوادر» :أنه لا يجوز قضاؤه**) ش: أي قضاء الفاسق ، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - .

م: (**وقال بعض المشايخ - رحمهم الله -: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ؛لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيًا بتقليده دونها**) ش: أي دون العدالة م: (**وهل يصلح الفاسق مفتيًا قيل لا**) ش: أي لا يصلح م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإفتاء م: (**من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات**) ش: لأن مبناه على الأمانة والاحتراز عن الجناية ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - م: (**وقيل يصلح لأنه**) ش: أي لأن المفتي م: (**يجتهد الفاسق**) ش: كل الجهد في إصابة الحق م: (**حذرًا عن النسبة إلى الخطأ**) ش: وقال أبو العباس الناطفي- رحمه الله - في آخر

وأما الثاني ، فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل ، فصحيح عندنا ، خلافًا للشافعي -رحمه الله - ، وهو يقول :إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ، ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام ،« من قلد إنسانًا عملاً وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين».

أدب القاضي من كتاب «الأجناس » ، للفقيه إذا كان فاسقًا ، هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ - رحمهم الله - .

ذكر محمد بن شجاع - رحمه الله - في« نوادره» سمعت بشر بن غياث - رحمه الله - يقول : أرى الحجر على ثلاثة ، قاض فاسق ، وطبيب جاهل ، ومكار مفلس . وقال محمد بن شجاع - رحمه الله - من قول نفسه : لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لأنه يكره أن يخطئه الفقهاء ، فيجيب بما هو الصواب .

م: (**وأما الثاني**) ش: أي الشرط الثاني في الولي ، وهو شرط الاجتهاد ، وقد مر الكلام فيه ، ولكن نتكلم في حل المتن م: (**فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية**) ش: والمجتهد أحب من غيره م: (**فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ،خلافًا للشافعي - رحمه الله-**) ش: وبقوله قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: (**وهو**) ش: أي الشافعي - رحمه الله - م: (**يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه**) ش: لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولا أمر بلا قدرة ، ولا قدرة بلا علم ،وهو معنى قوله م: (**ولا قدرة دون العلم**) ش: لأن الجاهل يخبط خبط العشو ، ولا يميز بين الحق والباطل م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الجاهل م: (**يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه**) ش: وفي بعض النسخ إلى المستحق .

فإن قلت : روى أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ « **القضاة ثلاثة، اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به ، فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار في الحكم ، فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ، فقضى بين الناس على جهل ، فهو في النار** » (1) . وقيل له : الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير .

م: (**وينبغي للمقلد**) ش: بكسر اللام م: (**أن يختار من هو الأقدر**) ش: على القضاء م:(**والأولى**) ش: لعلمه ودينه وأمانته، م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : « **من قلد إنسانًا عملاً ، وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين** » روى الحاكم -

---

(1) رواه أبو داود (٣٥٧٣) والحاكم في «المستدرك» في الأحكام (٤/ ٩٠) ، وقال: صحيح على شرط مسلم من طريق ابن بريدة عن أبيه . . . مرفوعًا .

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة ،

رحمه الله -في «مستدركه» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ: « **من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين** » . وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني- رحمه الله - في «معجمه» عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **من ولي من أمور المسلمين شيئًا ، فاستعمل عليهم رجلاً ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين**»(١) .

وروى أبو يعلى الموصلي - رضي الله عنه - في «مسنده» ، عن حذيفة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « **أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفطن منه ، فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين** » . فانظر إلى ملوك زماننا هذا ، كيف يولون قضاة ونوابًا ، مع علمهم أن في رعيتهم من هو أفضل منهم وأعلم وأدين ، وغالب توليتهم بالرشاء والبواطيل .

وقد روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال : **لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي** . وروى الخصاف من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال : « **لعن الله الراشي والمرتشي ، والرائش ملعون ، والراشي المعطي ، والمرتشي الآخذ ، والرائش الذي يسعى بينهما ليسوي أمره** » .

م: (**وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه**) ش: أي في أصول الفقه لفخر الإسلام- رحمه الله - وغيره في باب معرفة المجتهدين ، وقد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب مما فيه الكفاية م: (**وحاصله**) ش: أي حاصل ما قيل في حد الاجتهاد م: (**أن يكون**) ش: أي الذي يدعي الاجتهاد م: (**صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب**) ش: أي أو يكون صاحب م: (**فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة**) ش: . قال صاحب «الجمهرة»: القريحة خالص الطبيعة ، ومنه اشتقاق القراح ، وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ ، وغيره في «تهذيب الديوان» : قريحة البئر أول

---

(١) رواه الحاكم (٤/ ٩٩) ، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٣٥٢) ، بلفظ : «من استعمل عاملاً على قوم»، وأعله بحسين بن قيس وهو ضعيف . وقال العقيلي : إنما يعرف هذا من كلام عمر .
وقال الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٢١١) : رواه الطبراني وفيه أبو محمد الحزري حمزة ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح .
وعزاه الزيلعي لأبي يعلى ، وذكر إسناده : حدثنا أبو وائل خالد بن محمد البصري ثنا عبد الله بن بكر السهمي ثنا خلف بن خلف عن إبراهيم بن سالم عن عمرو بن ضرار عن حذيفة . . . مرفوعًا .

يعرف بها عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها .قال : ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه ، لأن الصحابة -رضي الله عنهم- تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرًا بالمعروف . قال : ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه

مائها ، والقريحة الطبيعة ومنه يقال لفلان قريحة جيدة براه استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة اسم للبئر من قرحتها ، إذا حفرتها ثم سموا الماء بذلك لملابسته بينهما ، ثم قالوا فلان حسن القريحة ، إذا ابتدع شعرًا أو خطبة أجاد فيهما ، فاستعاروها للطبع ، وهو من مستعار المجاز ، لأن أصل القرح الجرح والشق ومنه القارح ، وهو الفرس الذي قرح نابه أي شق .

م: (**يعرف بها**) ش: أي بالقريحة م: (**عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها**) ش: أي على العادات ، لأن العرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع جوزوا بخلاف القياس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه**) ش: أي فرض القضاء وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء عليهم السلام م: (**لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوه**) ش: أي القضاء ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجة - رحمهم الله - أن عليًا - رضي الله عنه - « **تقلد القضاء من النبي ﷺ** »[1]

وروى البيهقي أيضًا أن أبا بكر - رضي الله عنه - ، استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وروى ابن سعد في « الطبقات» عن نافع لما استعمل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - زيد بن ثابت - رضي الله عنه - على القضاء فرض له رزقًا م: (**وكفى بهم قدوة**) ش: أي كفى بالصحابة أسوة .

قال الجوهري - رحمه الله - : القدوة الأسوة ، يقال فلان قدوة يقتدى به ، وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة وقدوه م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القضاء م: (**فرض كفاية لكونه أمرًا بالمعروف**) ش: والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض .

فإن قيل قوله فرض كفاية يوجب أن الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرهما قلنا نعم ، لكن فيه خطر عظيم ، وأمر مخوف ، لا يسلم في بحره كل سائح ، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية وبالنظر إلى كونه متضمنًا أمرًا مخوفًا يكره ، فقلنا لعدم البأس .

م: (**قال:**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويكره الدخول فيه**) ش: أي في القضاء م: (**لمن يخاف العجز عنه**) ش: أي عن القضاء وكره بعض العلماء - رحمهم الله - أو بعض السلف-

---

(١) حسن :أخرجه الحاكم (٤/ ٨٨) من طريق شبابة بن سوار ثنا ورقاء بن عمر عن مجاهد عن ابن عباس قال : بعث النبي ﷺ عليًا إلى اليمن ، فقال: علمهم الشرائع ، واقض بينهم ، فقال : لا علم لي بالقضاء ، فدفع في صدره ، وقال : اللهم اهده للقضاء ، وقال : صحيح على شرط الشيخين . قلت: ولا يقل عن منزلة الحسن فإن في ورقاء كلام يسير لا ينزل بحديثه عن مرتبة الحسن .

ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ، كيلا يصير شرطًا لمباشرته القبيح .وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً ، لقوله عليه الصلاة والسلام : [من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » .

رحمهم الله - الدخول فيه سواء ، وشقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه ، وفسروا الكراهة هنا بعدم الجواز .

فقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ومنهم من قال : لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهًا .

ألا ترى أن أبا حنيفة - رضي الله تعالى عنه - دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطًا ، فلما كان في المرة الثالثة ، قال حتى أستشر أصحابي ، فاستشار أبا يوسف - رحمه الله - فقال أبو يوسف - رحمه الله - : لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر إليه أبو حنيفة - رحمه الله - نظر المغضب وقال : أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه ، وكأني بك قاضيًا ، ويروى أنه قال : أراك أن تبتلى بالقضاء ، وكذا دعي محمد - رحمه الله - إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد .

م: (**ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ؛كيلا يصير شرطًا**) ش: أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة م: (**لمباشرته القبيح**) ش: وهو الحيف في القضاء ، وإنما عين بلفظ الشرط لأنه أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاء ، وفي الغالب يكون ذلك مشروطًا بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له علي مطالبته بكذا ، فإن قضيت لي فلك كذا .

م: (**وكره بعضهم الدخول فيه**) ش: أي في القضاء حال كونه م: (**مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**«من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين»**) ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة -رحمهم الله - عن أبي هريرة -رضي الله عنه- : « أن النبي ﷺ قال : **من جُعل قاضيًا فقد ذُبحَ بغير سكين**» . ورواه الحاكم - رحمه الله - في «مستدركه» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . رواه ابن عدي - رحمه الله - في «الكامل» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : «**من استقضى فقد ذبح بغير سكين** » وروي : «**ذبح بسكين**»[1] وذكر الصدر الشهيد -رحمه الله- في «أدب القاضي » : وجه التشبيه أن السكين تؤثر

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٧٢) ، والترمذي (١٣٤٨) ، وابن ماجة (٢٣٠٨) ، والحاكم (٤/ ٩١) والدارقطني (٤/ ٢٠٤) .

فرواه أبو داود والترمذي من طريق عمرو بن أبي عمرو عن سعيد المقبري عن أبي هريرة والباقون عن عثمان بن محمد الأخنس عن المقبري عن أبي هريرة -رضي الله عنه - .

والإسناد الأول صحيح ، والثاني لا بأس به لأن عثمان فيه كلام .

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٨٩) ، وأعله بداود بن الزبرقان وهو ضعيف .

في الظاهر والباطن جميعًا، والذبح بغير سكين، ذبح بطريق الخنق والفم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن، والقضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك.

وكان شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حكي أن قاضيًا روى له هذا الحديث، فازدراه وقال: كيف يكون هذا، ثم دعى في مجلسه ممن يسوي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه، إذ هو عطس فأصابه الموسي، وألقى رأسه بين يديه.

وقد جاء في التحذير عنه آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة - رحمه الله - فصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف - رحمهم الله - وقيد محمد - رحمه الله - نيفًا وثلاثين يومًا أو نيفًا وأربعين يومًا، حتى تقلده هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ، وروايته موجودة في نسخة شيخي العلاء - رحمه الله -، فلذلك استدركه وكتبه على الحاشية، وشرحه مضى عن قريب.

والذي ضرب أبا حنيفة - رحمه الله - على تركه القضاء، هو أبو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين، وكان الذي قلد القضاء لمحمد - رحمه الله - هو الرشيد ثم عزله [. . .] .

وقد جاء في التحذير، أي عن الدخول في القضاء، آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر - رضي الله عنه -، رواه مسلم أن النبي ﷺ قال له: «**يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم**» ومنها حديث ابن أبي بريدة - رحمه الله - عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «**القضاة ثلاثة ...**»[1] الحديث، ومنها حديث رواه ابن حبان - رحمه الله - في «صحيحه» عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: سمعت النبي ﷺ يقول: «**يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره**».

م: (**والصحيح أن الدخول فيه**) ش: أي في القضاء م: (**رخصة طمعًا في إقامة العدل**) ش: قال رسول الله ﷺ: «**عدل ساعة خير من عبادة سنة**»[2]. وروى مسلم عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «**إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حسن: عزاه الزيلعي لإسحاق بن راهويه في «مسنده»، قال: أخبرنا جعفر بن عون الحريثي ثنا عفان بن جبير عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ: «**يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يومًا**». وقال: وكذلك رواه الطبراني في «الأوسط» و«الكبير» عن عفان بن جبير الطائي عن أبي حريث الأزدي عن عكرمة به، وعزاه أيضًا لأبي عبيد القاسم بن سلام في «الأموال»: قال: حدثنا هشيم عن زياد بن مخراق عن رجل عن أبي هريرة . . . مرفوعًا بلفظ: «**العادل في رعيته يومًا واحدًا أفضل من عبادة العابد في أهله مائة سنة أو خمسين سنة**» شك هشيم. انتهى.

والترك عـزيمة ، فلعله يخطىء ظنه ولا يوفق له ،أو لا يعينـه عليه غيـره ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأصل للقـضاء دون غيـره ، فحينئـذ يفترض عليه الـتقلد صيانة لحـقوق العبـاد وإخلاء للعالـم عن الفـساد . قال :وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسـألها لقوله عليه الـصلاة والسلام :« من طلب القضاء ، وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه ، نزل ملك عليه يسدده» .

الرحـمن، وكلتـا يديه يمين الذيـن يعدلـون في حكمـهم وأهلهم ومـا ولوا » م: **(والتـرك)** ش: أي تـرك القضاءم: **(عزيمة)** ش: من العزم ، وهو الجد والصبر م: **(فلعله يخطـئ ظنه ولا يوفق له)** ش: يعني أنه أراد أن يقـضي بالحق في الابتداء في ظنه ثـم لا يقدر عليه م: **(أو لا يعينـه عليه غيـره ولابد من الإعانة)** ش: أي على القضاء بالحق أنه ربمًا لا يمكنه القضاء في الأمر إلا بإعانة غيره عليه ، ولعل غيره لا يعينه عليه م: **(إلا إذا كان هو الأصل للقـضاء دون غيره ، فـحينئذ يفـترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد)** ش: .

هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلاة الجنازة إذا تعين واحد لإقامتها يفترض ، ومعنى إخلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص ، وقيد بقوله «إذا كان هو الأهل للقضاء» يعني وحده ؛ لأنه إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء ، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه ، أثموا إن كان السلطان ، بحيث لا يفصل بينهم ، وإلا فلا ، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل ، اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسـألها)** ش: أي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا يسألها بلسانه م: **(لقـوله عليه الـصلاة والسـلام : «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نـزل ملك عليه يسدده)** [(١)] ش: هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة - رحمه الله - من حديث أنس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : **« من سأل القضاء وكُل إلى نفسه ... »** الحديث ، ولفظة أبي داود - رحمه الله - : **«من طلب القضاء »** ، كما في رواية المصنف - رحمه الله - وزاد عليه قوله : **«واستعان عليه وكل إليه»** .

ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكًا يسدده ، ولفظ الترمذي : **« من ابتغى القضاء وسأل شفعًا وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه أنزل الله عليه ملكًا يسدده »** قوله و«كل» على صيغة المبني للمجهول ، بتخفيف الكاف ، أي فوض أمره إليها ، ومن فوض أمره إلى نفسه ، كان

---

(١) ضعيف : رواه أبو داود (٣٥٧٨) ، والترمذي (١٣٤٦) ، وابن ماجة (٢٣٠٩) ، والحاكم (٤/ ٩) عن عبدالأعلى عن عامر عن بلال بن أبي موسى ، ويقال : ابن مرداس عن أنس . . . مرفوعًا . وأخرجه الترمذي من طريق أبي عوانة عن عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن مرداس الفزاري عن خيثمة عن أنس مرفوعًا . وقال : وهو أصح من حديث إسرائيل .

قلت: وأبو عوانة حافظ كبير ثبت أثبت من إسرائيل بل إسرائيل تكلم فيه . قلت : والإسناد ضعيف، وعبد الأعلى ضعيف ، وبلال قال فيه الحافظ : مقبول ، ويزاد بخيثمة بن أبي خيثمة ضعيف .

ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ، ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة -رضي الله عنهم - تقلدوا من معاوية - رضي الله عنه- والحق كان بيد علي- رضي الله عنه- في نوبته ، والتابعين تقلدوه من الحجاج

مخذولاً غيره مرشد إلى الصواب ، لكون النفس أمارة بالسوء ، قوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب .

م: (**ولأن من طلبه**) ش: أي القضاء م: (**يعتمد على نفسه**) ش: من الورع والعلم والفطنة ، فيصير معجبًا ، فلا يلهم الرشد ، ويحرم التوفيق ، وهو معنى قوله : م: (**فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه**) ش: ومن يتوكل على الله فهو حسبه م: (**فيلهم**) أي الرشد والصواب (**ثم يجوز التقلد**) ش: أي تقليد القضاء م: (**من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوا**) ش: أي القضاء م: (**من معاوية - رضي الله عنه -**) ش: ابن أبي سفيان لما انفرد بالإمرة وخالف عليًا - رضي الله عنه - .

م: (**والحق**) ش: أي والحال أن الحق م: (**كان بيد علي - رضي الله عنه - في نوبته**) ش: أي في خلافته ؛ لأن الخلافة كانت له بعد عثمان - رضي الله عنه - بالنص ، وقيد بقوله : «في نوبته» احترازًا عن مذهب الروافض ، فإنهم يقولون الحق مع علي - رضي الله عنه - ، في جميع نوب الخلفاء ، في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم- ، ومع أولاده بعد علي - رضي الله عنه - ، وعند أهل السنة - رحمهم الله - معاوية - رضي الله عنه - كان باغيًا في نوبة علي - رضي الله عنه - ، وبعده إلى زمان ترك أمير المؤمنين حسن - رضي الله عنه - الخلافة إليه فانعقد الإجماع على خلافة معاوية - رضي الله عنه - بعده م: (**والتابعين**) ش: بالنصب عطفًا على قوله لأن الصحابة - رضي الله عنهم - م: (**تقلدوه**) ش: أي القضاء م: (**من الحجاج**) ش: ابن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان ، ومات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين ، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة .

ولما سمع الحسن البصري بموته سجد ، يعني شكرًا لله تعالى ، وقال : اللهم إنك قد أمته ، فأمت عنا سننه . وعن الحسن - رحمه الله - أيضًا أنه قال : لو جاءت كل أمة بخبيثها ، وجئنا به لغلبناهم ، وظلمه مشهور .

وتولى أبو الدرداء - رضي الله عنه- القضاء بالشام ، ولما مات وكان معاوية يستشيره ، واستشاره فيمن يولي بعده ، فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الأنصاري-رحمه الله - فولاه الشام بعده .

وقال البخاري - رحمه الله - في «تاريخه الوسيط » بإسناده إلى أبي إسحاق -رحمه الله -

وهو كان جائرًا ، إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق ؛ لأن المقصود لا يحصل بالتقلد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه .قال ومن قلد القضاء يسلم إليه عن ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ؛ لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ،

قال : كان أبو بريدة - رحمه الله - على الكوفة ، فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه ، وقال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال : استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى ، وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ، ومات الحجاج بعده بستة أشهر ، ولم يقتل بعده أحدًا .

وفي «تاريخ أصفهان» للحافظ أبي نعيم ، في باب العين المهملة : عبد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ، ثم عزله الحجاج ، فأقام محبوسًا بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان ومات بها .

م: **(وهو)** ش: أي الحجاج م: **(كان جائرًا)** ش: أي ظالمًا شديد الظلم مشهورًا م: **(إلا إذا كان)** ش: استثنى من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر إلا إذا كان م: **(لا يمكنه من القضاء بحق)** ش: أي إلا إذا كان السلطان الجائر لا يمكنه من التمكين من الحكم بحق م: **(لأن المقصود)** ش: وهو العمل بحق م: **(لا يحصل بالتقلد)** ش: من السلطان الجائر م: **(بخلاف ما إذا كان يمكنه)** ش: حيث يجوز له التقليد منه ، والضمير فيما كان يرجع إلى السلطان ويمكنه من التمكن .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله، وهوالخرائط التي فيها السجلات)** ش: وفي المغرب الديوان الجديدة من دون الكتب ، أو أجمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر - رضي الله عنه - أول من دون الدواوين ، أي رتب الجراية للولاة والقضاء ، وأصله بدون بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ، لأنه يجمع على دواوين . ولو كانت الياء أصلية لقالوا دياوين .

وفسر المصنف الديوان بقوله وهو الخرائط ، جمع خريطة . قال الجوهري-رحمه الله - وعامة من الأدم وغيره بشرح علي فيها ، والسجلات جمع سجل ، وهو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي م: **(وغيرها)** ش: أي غير السجلات من المحاضر والصكوك ، وكتاب نصب الأوصياء ، وتقدير النفقات ، والقيم في أموال الوقف م: **(لأنها)** ش: أي السجلات وغيرها م: **(وضعت فيها)** ش: أى في الخرائط م: **(لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء)** ش: وهو القاضي المولى ، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيها ، فكان له أخذها .

م: **(ثم إن كان البياض)** ش: الذي كتب عليه السجلات ونحوها م: **(من بيت المال فظاهر)** ش: أي يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه وقد صار العمل لغيره ، فلا

وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح ؛لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى،وكذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح ؛ لأنه اتخذه تدينًا لا تمولاً ، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئًا فشيئًا ، ويجعلان كل نوع فيها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام

يترك في يده ، أي وكذا يجعل في يد من له ولاية القضاء م: (**وكذا إذا كان**) ش: أي البياض م: (**من مال الخصوم**) ش: لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تدينًا لا تمولاً (**في الصحيح**) احترز به عما قال المشايخ - رحمهم الله - إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له ، وفي الصحيح يجبر م: (**لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى**) ش: بتشديد اللام المفتوحة .

م: (**وكذا**) ش: أي يجبر على الدفع م: (**إذا كان**) ش: أي البياض م: (**من مال القاضي هو الصحيح**) ش: احترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي المعزول م: (**اتخذه تدينًا**) ش: أي وضع عندهم بطريق الديانة والأمانة م: (**لا تمولاً**) ش: أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به م: (**ويبعث**) ش: أي القاضي الجديد المولى اثنين م: (**أمينين ليقبضاها**) ش: أي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ، والواحد يكفي والاثنان أحوط م: (**بحضرة**) ش: القاضي م: (**المعزول أو أمينه**) ش: أي الأمين من جهة المعزول .

م: (**ويسألانه**) ش: أي يسألان المعزول م: (**شيئًا فشيئًا**) ش: يعني واحداً بعد واحد م: (**ويجعلان كل نوع فيها في خريطة**) ش: وينسخ الأوصياء في خريطة ، وكل نوع في خريطة ، لأن هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول ، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إليه بخلاف المولى ، لأنه لا علم له بذلك ، فيجعل كل نوع في خريطة م: (**كيلا يشتبه على المولى**) ش: شيء منها ، أي من هذه السجلات وغيرها .

م: (**وهذا السؤال**) ش: أي سؤال أحوال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس م: (**لكشف الحال لا للإلزام**) ش: لأن قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا ، ومتى قبضا ذلك، يختمان ذلك احترازاً عن الزيادة والنقصان وهذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض . كذا في «المحيط» وفي «أدب القاضي» للصدر الشهيد .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قيل : والسؤال يعني الاستعلام ، يتعدى إلى المفعول الثاني بغير ، وهنا قال : يسألانه شيئًا فشيئًا بدون عن وأجيب بأن انتصاب شيئًا بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألان ، تقديره يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها، أي يسألان شيئًا فشيئًا عنها .

ونقل الأكمل - رحمه الله - وجميع ما قاله شيخه الكاكي - رحمه الله - ثم قال : وليس بشيء ، لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول ، والأولى أن يجعل حالاً ، بمعنى مفصلاً كما في

قال: وينظر في حال المحبوسين ، لأنه نصب ناظراً فمن اعترف بحق ألزمه إياه ، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة . لا سيما إذا كانت على فعل نفسه فإن لم تقم بينة ، لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره ، لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير

قوله بينت له حسابه بابًا بابًا انتهى . إنما قال بمعنى مفصلاً، لأن من شرط الحال ، أن يكون من المشتقات .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وينظر في حال المحبوسين**) ش: أي بنظر القاضي الجديد في حال المحبوسين . وفي بعض النسخ في حال المحتبسين م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي الجديد م: (**نصب ناظراً**) ش: لأمور المسلمين م: (**فمن اعترف بحق ألزمه إياه ؛ لأن الإقرار ملزم ، ومن أنكر لم يقبل قول المعزول**) ش: أي القاضي المعزول م: (**عليه إلا ببينة ؛ لأنه**) ش: أي لأن المعزول م: (**بالعزل التحق بالوعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت**) ش: أي شهادته على تأويل الأخبار م: (**على فعل نفسه**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يقبل قوله بعد العزل ، كما قبل العزل ، لأنه أمين الشرع ، وعند مالك - رحمه الله - لا يقبل قوله قبل العزل إلا بحجة .

م: (**فإن لم تقم بينة لم يعجّل**) ش: القاضي م: (**بتخليته حتى ينادى عليه**) ش: وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديًا ينادي في محلته ، [من] كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر ، ينادى كذلك أيامًا ، فإذا حضر أحد وادعى عليه ، وهو على جحوده، ابتدأ الحكم بينهم ، فلا يقبل قول المعزول . وإن لم يحضر خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه ، ولعله محبوس بحق غائب ، وقد قامت عليه إمارة ، وهو حبس القاضي المعزول .

فصل قسمة الميراث عند أبي حنيفة - رحمه الله - حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده ، على ما يجيء لأن في مسألة الميراث ، الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوت حق الآخر شك ، فلا يجوز تأخيره ، كموهوم ، أما هناك الحق ثابت ، فيحمل فعل القاضي على الصلاح ، ولكنه مجهول فلا يكون أخذ الكفالة لموهوم وقيل أخذ الكفيل هنا على الخلاف أيضًا . وفي «المحيط» : الصحيح أن أخذ الكفيل ها هنا بالاتفاق .

م: (**وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر**) ش: أي من حيث الظاهر م: (**فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير**) ش: أي لا يعجل القاضي بإطلاق المحبوس ، بل يتأنى وينادي على المحبوس أيامًا في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق ، فليحضر .

وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف، فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ، أو يعترف به من هو في يده، لأن كل ذلك حجة ، ولا يقبل قول المعزول لما بيناه إلا أن يعترف الذي هو في يده ، أن المعزول سلمها إليه، فيقبل قوله فيها ، لأنه ثبت بإقراره ، أن اليد كانت للقاضي ، فيصح إقرار القاضي ، كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ، فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

وقال أبو داود الناصحي – رحمه الله – : « في أدب القاضي» للخصاف : فإن قال واحد من المحبوسين : حبست بغير حق ، ولم يحضر له خصم ، تأنى القاضي ، ونادى أيامًا ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه وأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه ، فإن قال : لا كفيل لي ، أو لا أعطي كفيلاً فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهرًا ثم تركه ، لأن الحق لم يثبت عليه ، فلا يلزمه إعطاء الكفيل وإنما طلبه القاضي به احتياطًا ، فإذا لم يعطه ، وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر ، فينادي عليه شهرًا ، فإذا مضت المدة أطلق عنه ، كذا قاله الإمام الناصحي .

م: (**وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف**) ش: أي التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء م: (**فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده ؛لأن كل ذلك**) ش: أي كل واحد من قيام البينة ، واعتراف من هو في يده م: (**حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره م: (**إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها**) ش: أي يقبل قول المعزول حينئذ فيها ، أي في الودائع وارتفاع الأوقات م: (**لأنه ثبت بإقراره**) ش: أي بإقرار ذي اليد م: (**أن اليد كانت للقاضي**) ش: المعزول م: (**فيصح إقرار القاضي**) ش: المعزول به .

م: (**كأنه في يده في الحال**) ش: ولو كانت بيده عيانًا ، صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه، لأن يد المودع كيد المودع م: (**إلا إذا بدأ**) ش: استثناء من قوله فيقبل ، أي إلا إذا بدأ به ذوي اليد م: (**بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي**) ش: إلى الغير من أقر له القاضي م: (**فيسلم مافي يده إلى المقر له الأول لسبق حقه**) ش: أي يسبق حق المقر له الأول ، وهو الذي أقر له ذو اليد م: (**ويضمن**) ش:أي ذو اليد م: (**قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي**) ش: .

وقال الصدر الشهيد – رحمه الله – : حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه : إما أن يقول دفعه إلى المعزول ، وقال هو لفلان بن فلان ، أو قال دفعه إلى المعزول ولا أدري لمن هو ، وأنكر ما قوله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر .

ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول والمال للمقر له ، لأن المال وصل إلى يده من

قال: ويجلس للحكم جلوسًا ظاهرًا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين، والمسجد والجامع أولى؛ لأنه أشهر. وقال الشافعي - رحمه الله -: يكره الجلوس في المسجد للقضاء؛ لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم »

جهة المعزول، فكان المال في يد المعزول معنى، ومن في يده المال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا.

وفي الوجه الثالث: القول لصاحب اليد.

وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين، أما إن بدأ صاحب اليد وقال دفعه إلى المعزول، وهو لفلان آخر، أو بدأ بالإقرار فقال هو المال لفلان ابن فلان غير الذي أقر له المعزول له، ثم قال دفعه إلى المعزول، ففي الوجه الأول: القول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقر له المعزول، وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال، أو قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له.

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ويجلس**) ش: أي القاضي م: (**للحكم جلوسًا ظاهرًا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء**) ش: جمع غريب م: (**وبعض المقيمين**) ش: الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء م: (**والمسجد والجامع أولى؛ لأنه أشهر**) ش: المواضع.

وقال فخر الإسلام - رحمه الله -: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة ولو كان في طرف البلدة، يختار مسجدًا في وسط البلدة، كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلدة ويختار مسجد السوق لأنه أشهر، وفي« المبسوط» : أحب إلي أن يقضي حيث تقام جماعة الناس، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات، لأن ذلك عن التهمة أبعد.

وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وفي «وجيز الشافعية» - رحمهم الله -: ويكره أن يتخذ المسجد مجلسًا للقضاء، وقال في «خلاصة الفتاوى» : وأفضل ما يجلس في المسجد الجامع، وفي مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا.

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**يحضره المشرك**) ش: للدعوى م: (**وهو نجس بالنص**) ش: وهو قوله تعالى: ﴿ **إنما المشركون نجس** ﴾: (التوبة: الآية ٢٨)، م: (**والحائض**) ش: أي ويحضره الحائض م: (**وهي**) ش: أي الحائض م: (**ممنوعة عن دخوله**) ش: أي دخول المسجد م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم**) ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، ورواه مسلم ليس فيه «الحكم» ، رواه في الطهارة من حديث أنس مطولاً ، وفي آخره: «**إنما هي لذكر الله تعالى** » أي المساجد.

وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه ، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ؛ ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد ، كالصلاة ، ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره ، فلا يمنع من دخوله ، والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة . ولو جلس في داره لا بأس به ، ويأذن للناس بالدخول فيها

م: (**وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه**) ش: فيه أحاديث منها ما خرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في قصة اللعان أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ؟ إلى أن قال : فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد . ومنها ما أخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال : بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه ، فقال : يا رسول الله أقم علي الحد، الحديث وفيه : « **فاجلدوه مائة جلدة ولم يكن تزوج**»[1] .

م: (**وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات**) ش: هذا حديث غريب . وفي «صحيح البخاري» في باب من قضى ولاعن في المسجد ، ولاعن عمر - رضي الله تعالى عنه - في المسجد عند منبر النبي ﷺ . وقضى شريح والشعبي ويحيى بن معمر - رضي الله عنهم - في المسجد .

م: (**ولأن القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده**) ش: هذا جواب عن دليل الشافعي - رحمه الله - وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده الباطن، فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل للوفود في المسجد م: (**لا في ظاهره**) ش: أي لا نجاسة في ظاهره م: (**فلا يمنع من دخوله**) ش: إذ لا يصيب الأرض منه شيء م: (**والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث**) ش: أي القاضي م: (**من يفصل بينها**) ش: أي بين الحائض م: (**وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة**) ش: فإن قيل : يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد ، فتخبر عن حالها ، قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة ، فلا بأس بدخولها .

م: (**ولو جلس**) ش: أي القاضي م: (**في داره لا بأس به**) ش: ذكر هذا تفريعًا على ما تقدم .

وقال شمس الأئمة السرخسي : وإن اختار أن يجلس في داره ، فله ذلك بشرط أن لا يمنع أحدًا من الدخول عليه ؛ لأن لكل أحد حقًا في مجلسه م: (**ويأذن للناس بالدخول فيها**) ش: أي في

---

(١) حسن : قال الهيثمي (٦/ ٢٦٧): رواه أبو يعلى والطبراني وفيه القاسم بن فياض وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وبقية رجاله ثقات .

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك ؛ لأن في جلوسه وحده تهمة . قال : ولا يقبل هدية

داره م: (**ويجلس معه من كان يجلس**) ش: معه م: (**قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة**) ش: أي تهمة الظلم والرشوة .

وقد روي أن عثمان - رضي الله عنه - ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة - رضي الله عنهم - ، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ، ويشاورهم ، لما روي أن الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - [الذين] كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف ، ومعاذ ابن جبل ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم - ، وأبو بكر - رضي الله عنه - ، يحضر عمر وعثمان وعلي أيضًا - رضي الله عنهم - حق ، قال أحمد : يحضر مجلس الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا يقبل**) ش: أي القاضي م: (**هدية**) ش: الأصل في هذا الباب ما قاله في« المبسوط» : الهدية في الشرع منه وبه، قال ﷺ : « **نعم الشيء الهدية [....]** » وقال عليه السلام : « **الهدية تذهب وحر الصدر** » [1] أي غشه ، والوعد يوقظ له البغض في الصدر . وقال عليه السلام : « **تهادوا تحابوا** »[2] ولكن بهذا في حق من لم يتعين العمل من أعمال المسلمين ، فأما من تعين لذلك كالقاضي والوالي ، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصًا ممن كان لا يهدي قبل ذلك ، إذ هو نوع من الرشوة والسحت . وعن مسروق قال : القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت ، وإذا أخذت الرشوة ، فقد بلغت به الكفر

وروى البخاري - رحمه الله - بإسناده عن أبي حميد الساعدي قال : استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم، وهذا أهدي لي ، قال عليه السلام : « **فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه ، فينظر أيهدى له أم لا ؟!** » واستعمل عمر - رضي الله عنه - أبا هريرة - رضي الله عنه - فقدم بمال ، فقال: من أين لك هذا ؟ ، قال : تناتجت الخيول ، وتلاحقت الهدايا ، فقال: أي عدو الله هل قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة ، فلا يقبل الحاكم الهدية .

---

(١) ضعيف : رواه أحمد (٢/ ٤٠٥) ، والترمذي (٢١٣٠) من طريق أبي معشر نجيح السندي عن سعيد عن أبي هريرة . . . مرفوعًا، وأبو معشر ضعيف .

(٢) ضعيف : راجع «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٦) ، و«نصب الراية» (٤/ ١٢٠-١٢١) ، و«إرواء الغليل »(٦/ ٤٤) ، و«تلخيص الحبير » للحافظ ابن حجر (٣/ ٦٩) ، و«تنزيه الشريعة »(١/ ٣٨٠) و«الفوائد المجموعة» للشوكاني (٨٤) .

إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته؛ لأن الأول صلة الرحم ،والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة ؛لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ، ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة ؛ لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما . وعن محمد - رحمه الله -: أنه يجيبه

م: (**إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء**) ش: أي قبل أن يصير المهدى إليه قاضيًا م: (**بمهاداته ؛ لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك**) ش: أي فيما وراء الأول والثاني م: (**يصير آكلاً بقضائه**) ش: والأكل للقضاء حرام وسحت م: (**حتى لو كانت للقريب خصومة ، لا يقبل هديته**) ش: .

م: (**وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لأنه لأجل القضاء فيتحاماه**) ش: أي يحترز عنه ولا يأخذه ، ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ، اختلف المشايخ - رحمهم الله - فيه ، قيل يضعها في بيت المال كما مر من قضية عمر- رضي الله عنه - وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه . وعامة المشايخ- رحمهم الله - قالوا : يردها على أربابها إن عرف المهدي، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه آخر أشار إليه محمد - رحمه الله - في« السير الكبير» ، وإن لم يعرف المهدي أو كان بعيداً حتى تعذر الرد عليها ، حكمها حكم اللقطة ، يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله ، وفي عمله نائب عن المسلمين ، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين .

م: (**ولا يحضر**) ش: أي القاضي م: (**دعوة إلا أن تكون عامة**) ش: وقال الطحاوي - رحمه الله - في «مختصره» : ولا تجب الدعوة الخاصة للقرابة ، ويجيء هذه الآن م: (**لأن الخاصة**) ش: أي الدعوة الخاصة تكون م: (**لأجل القضاء ، فيتهم بالإجابة بخلاف العامة**) ش: أي الدعوة العامة ، فإنها لا تكون للقضاء .

قال القدوري- رحمه الله - وأبو علي النسفي - رحمه الله - : دعوة العامة عرس وختان، وما سوى ذلك خاصة ، وقيل في الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة ، ويجيء الآن ما قاله المصنف - رحمه الله - م: (**ويدخل في هذا الجواب**) ش: أي إطلاق قول القدوري - رحمه الله - ولا يحضر دعوة الخاصة م: (**قريبه**) ش: أي قريب القاضي م: (**وهو قولهما**) ش: أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

م: (**وعن محمد - رحمه الله -: أنه يجيبه**) ش: أي القاضي يجيب قريبه في الدعوة الخاصة . وذكر الخصاف - رحمه الله - يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف ، لأن إجابة دعوته صلة

وإن كانت خاصة كالهدية . والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها. قال: ويشهد الجنازة ، ويعود المريض ؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام : «للمسلم على المسلم ستة حقوق» ، وعد منها هذين ، ولا يضيف أحد الخصمين دون

للرحم ، وعند الشافعي - رحمه الله - : يحضر الولائم لغير الخصم، وبه قال أحمد - رحمه الله - وقال مالك - رحمه الله - : لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء . وتركها أفضل ، إن كانت وليمة النكاح ، ولغير النكاح كره ذكره في «الجواهر» وفي «الحلية» : اختلف أصحابنا - رحمهم الله - فيمن ولي أمرًا من أمور المسلمين ، كالقضاة والأئمة ، في حضور الولائم على ثلاثة أوجه : أحدها : أنه كغيرهم ، والثاني : أنه سقط فرض الإجابة ، والثالث : أنه إن كان مرتزقًا لم يحضر وألا يحضر م: (**وإن كانت خاصة**) ش: وأصل بما قبله أي وإن كانت الدعوة خاصة يجيبه لقريبه م: (**كالهدية**) ش: أي كما في الهدية ،حيث يجوز له أخذها من قريبه . ثم أشار إلى تعريف الدعوة الخاصة بقوله : م: (**والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها**) ش: إيضاح ذلك ، أن صاحب الدعوة ، إن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر، لا يمتنع من اتخاذ الدعوة ، فإن القاضي لا يجيب هذه الدعوة ، فهذه دعوة عامة . وإن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي ، يمتنع ولا يتخذ الدعوة، فهذه دعوة خاصة ، فلا يجيبها القاضي ، لأنها اتخذت له . فإذا حضرها كان آكلاً بقضائه . وذكر صدر الإسلام وأبو اليسر - رحمهما الله - : إذا كانت الدعوة عامة ، والمضيف خصم ، فينبغي أن لا يجيب القاضي دعوة ، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في« مختصره» : م: (**ويشهد**) ش: أي القاضي م: (**الجنازة ، ويعود المريض؛ لأن ذلك**) ش: أي المذكور من شهود الجنازة وعيادة المريض م: (**من حقوق المسلمين**) ش: لأنه أمر مندوب إليه ، وليس فيه تهمة أيضًا .

م: (**قال عليه الصلاة و السلام**) ش: أي قال النبي ﷺ : م: (**« للمسلم على المسلم ستة حقوق »**) ش: الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : **« حق المسلم على المسلم ست ، قال : يا رسول الله ﷺ ما هن ؟ قال : إذا لقيته فسلم ، وإذا دعاك فأجب ، وإذا استنصحك فانصح له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه »** وفي رواية أخرى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ : **« خمس يجب للمسلم على أخيه رد السلام وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة ، وعيادة المريض واتباع الجنائز »** م: (**وعد منها**) ش: أي من الست م: (**هذين**) ش: وهما شهادة الجنازة وعيادة المريض . م: (**ولا يضيف أحد الخصمين دون**

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ،ولأن فيه تهمة . قال : وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام :« إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر » ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه . ولا يضحك

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) ش: الحديث رواه الطبراني - رحمه الله - في معجمه« الأوسط» عن علي - رضي الله عنه - قال : « نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر» م: (**ولأن فيه تهمة**) ش: أي تهمة الميل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**وإذا حضرا**) ش: أي الخصمان م: (**سوى بينهما في الجلوس والإقبال**) ش: أراد بالإقبال تسوية النظر من الجانبين . وكتب عمر - رضي الله عنه- إلى أبي موسى - رضي الله عنه - : وسوا بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر على يمينه ، لأن لليمين فضلاً على اليسار .

وفي «المغني» و«النوازل »و«الفتوى الكبرى »: تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلاً أحدهما ، وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضيًا على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح - رضي الله عنه - فإن شريحًا - رضي الله عنه - قام عن مجلسه وأجلس عليًا - رضي الله عنه - في مجلسه، وقال المرغيناني - رحمه الله -: وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيمًا للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي العالم تعظيمًا للعلم ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ، ليكون أهيب في أعين الناظرين .

م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : « **إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر** » الحديث رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده» - رحمه الله-عن أم سلمة -رضي الله عنها -قال رسول الله ﷺ : « **من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر** » .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**ولا يسار أحدهما**) ش: يعني لا يتكلم مع أحدهما سرًا م: (**ولا يشير إليه**) ش: لا بالرأس ولا بالعين ولا بالحاجب، وكل ذلك منهي شرعًا م: (**ولا يلقنه حجة للتهمة**) ش: أي تهمة الميل ، ولأن فيه إعانة لأحد الخصمين ، وكسر قلب الآخر ، وهو معنى قوله م: (**ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر**) ش: المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى الكسر م: (**فيترك حقه**) ش: لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه م: (**ولا يضحك**) ش: أي القاضي

في وجه أحدهما لأنه يجترئَ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحداً منهما ، لأنه يذهب بمهابة القضاء . قال : ويكره تلقين الشاهد . ومعناه أن يقول له: أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم.واستحسنه أبو يوسف -رحمه الله- في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل.

م: (**في وجه أحدهما**) ش: أي أحد الخصمين م: (**لأنه يجترئ على خصمه**) ش: بسبب ضحك القاضي في وجهه م: (**ولا يمازحهم**) ش: في الاختصام م: (**ولا واحداً منهما**) ش: أي ولا يمازح واحداً من الأخصام م: (**لأنه**) ش: لأن مزح القاضي م: (**يذهب بمهابة القضاء**) ش: ولهذا قالوا: ينبغي أن يكون القاضي عبوسًا ، متواضعًا في أفعاله ، وفي «الجواهر» : يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ويكره تلقين الشاهد ومعناه**) ش: أي معنى ما قاله محمد - رحمه الله -من كراهته تلقين الشاهد م: (**أن يقول له:**) ش: أي أن يقول القاضي للشاهد : م: (**أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم**) ش: حيث يكره م: (**واستحسنه**) ش: أي تقليد الشاهد م: (**أبو يوسف في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر**) ش: أي ينحبس لسانه عن البيان م: (**لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق**) ش: وقيد بقوله في غير موضع التهمة ، لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك ، مثل أن يدعي المدعي ألفًا وخمسمائة ، والمدعى عليه ينكر خمسمائة ، وشهد الشاهد بالألف ، فالقاضي إن قال يحتمل أنه إبراء لخمسمائة، واستفاد الشاهد ، علمًا بذلك ، ووقف في شهادته كما في وقف القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وتأخير قول أبي يوسف - رحمه الله - يشير إلى اختيار المصنف - رحمه الله -م: (**بمنزلة الأشخاص**) ش: وهو إرسال شخص فليحضر خصمه ويقال شخص من بلد إلى بلد شخوصًا ، أي يذهب من حد منع وأشخصه غيره م: (**والتكفيل**) ش: وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك من جنس إعانة أحد الخصمين .

***

فصل في الحبس

قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها ،

م: **(فصل في الحبس)**

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ، ولما كان الحبس من أنواع حكم القاضي ، ذكره في فصل على حدة ، وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى : **﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ (المائدة : الآية ٣٣)** ، فإن المراد به المجلس ، وبالسنة وهو ما روي : « أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» ، غير أنه لم يكن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم - سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ، ولما كان زمن علي - رضي الله عنه - أحدث السجن بناه من قصب وسماه فقيه اللصوص ، فبنى سجنًا من مدر فسماه محبسًا .

ثم قال الأترازي : كيسًا مكيسًا بنيت بعد نافع محبسًا بابًا حصينًا ، وأمينًا كيسًا . رواه الزمخشري - رحمه الله - في «الفائق » . والمحبس موضع التجنيس ، وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس منسوب إلى الكيس المعروف به قوله ، وأمينًا أي ونصف أمينها بعين السجان كذا في« الفائق » .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر - رضي الله عنه - لم يكن سجن حتى اشترى عمر - رضي الله عنه - دارًا بالمدينة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسًا .

م: **(قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه ؛ لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها)** ش: أي ظهور المماطلة لقوله عليه السلام : « مطل الغني ظلم » فاستحق الحبس ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه ؛ لأن مانع ذلك ظلم ، فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان ، والفطر والأضحى والجمعة ، وصلاة مكتوبة ، وحجة فريضة ، وحضور جنازة بعض أهله ، وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله ، بخلاف ما إذا لم يكن ؛ لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين .

وقيل : يخرج بكفيله لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا ، وعليه الفتوى . وإن مرض وله خادم لا يخرج ، وإلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه ، وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجماع ، دخلت عليه زوجته وجاريته ، فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد ، وقيل : الوطء ليس من أصول الحوائج ، فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام . ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ، يشاورهم في قضاء الدين ، ويمنعون من طول المكث عنده .

وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ؛لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره . قال : فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة

م: (وهذا) ش: أي ترك القاضي عجلته بحبس الغريم م: (**إذا ثبت الحق بإقراره ؛لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة**) ش: يقال : لقيته أول وهلة ، أي أول شيء م: (**فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره**) ش: وقال قاضي خان - رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : وعلى قول الخصاف- رحمه الله - في البينة أيضًا، لا يحبسه في أول الوهلة .

وقال في «الأجناس» : قال في كفالة الأصل : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينبغي للإمام أن يحبس في الديون قرضًا كان أو غصبًا أو ثمن مبيع أو مهر، لكن لا يحبسه في أول ما يقدم إليه، ويقال له : قم فأرضه فإن عاد إليه حبسه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله .

وقال الخصاف - رحمه الله - : الصواب عندي أن لا يحبسه حتى يقول له : ألك مال، ويستحلفه على ذلك ، فإن أقر أن له مالاً حبسه ، وإن قال : لا مال لي ، قال للطالب : أثبت أن له مالاً حتى أحبسه ، وهو مذهب بعض القضاة . ثم اعلم إذا ثبت إعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف ولا بلازمته ، بل يمهل إلا أن يوسر . قال عز وجل: ﴿ **فنظرة إلى ميسرة** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٠) ، وعندنا لا يحبس، ولكن للغريم ملازمته ولا يمنعه من الكسب ، وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين عندنا والشافعي -رحمه الله-: لا ، وعند أحمد-رحمه الله- : يلزمه، وقال مالك - رحمه الله - : إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به ، وقال الشافعي - رحمه الله - في وجه : وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة، وفي وجه : يبيع ماله الظاهر ، وبه قال مالك -رحمه الله- ، وأبي يوسف، ومحمد -رحمهما الله- أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن امتنع**) ش: أي الغريم م: (**حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة**) ش: ولكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك .

وقال قاضي خان -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : ولا يحبسه عندنا في الإقرار والبينة إلا عند طلب المدعي .

وقال شريح -رحمه الله - : يحبسه من غير طلبه .

لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ،

وفي« الذخيرة »: لو قال المديون بعد ثبوت الدين : أنا معسر ، أو قال المدعي : موسر ، ولا بينة له ، فالقول للمديون مع يمينه ، وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاف -رحمه الله - وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، لأن الأصل الفقر .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : إن كان في كل دين أصله مال ، كثمن المبيع والقرض ، فالقول للمدعي ، وبه قال الشافعي - رحمه الله- في وجه وفي كل دين لا يقابله مال ، كالمهر وبدل الخلع ، وما أشبه ذلك ، فالقول للمديون ، إليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح ، وفي مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، فقال : القول للزوج ، وقال بعضهم : كل دين لزمه بسبب معاقدته واختياره ، فالقول لرب الدين ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار .

م: (**لأنه**) ش: استدلال لما ذكره القدوري -رحمه الله- ، لقوله : حبسه لكل دين . . . إلخ أي لأن الغريم م: (**إذا حصل المال**) ش: أي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من أي جهة كان م: (**في يده ثبت غناه به**) ش: وزواله عن الملك محتمل ، والثابت لا يترك بالمحتمل . والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر والغنى حادث ، فوجب استصحاب المال حتى يعلم حدوث ما يخالفه ، وما كان بدلاً عن مال ، فقد علم حصول الغنى به ، فسقط حكم الأصل . ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله ، فلهذا لم يصدق في الاعتبار ، وصار امتناعه ظلمًا ، فحبس لأجله .

م: (**وإقدامه على التزامه**) ش: بعقد كالمهر والكفالة م: (**باختياره دليل يساره إذ هو**) ش: أي لأنه م: (**لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه**) ش: فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه ، فلا يقبل قوله ويحبس ، وهو الذي ذكره القدوري - رحمه الله - ، وشرحه المصنف -رحمه الله - ،[و] هو رواية ابن سماعة -رحمه الله - : أنه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في الإعسار .

وذكر الخصاف - رحمه الله - عن أصحابنا : أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده خاصة ، ولا يحبس فيما سوى ذلك ، لأن الحبس عقوبة تستحق بالامتناع مع الغنى ، فلا يجوز إثباتها بالظاهر ، كسائر العقوبات .

وحاصل المذهب عندنا : أن القاضي لا يسأل المدعي المال إلا إذا ادعى المديون الإعسار ، فحينئذ يسأل . فإن قال المدعي أنه معسر ، خلى سبيله ، وإن قال : أنه موسر ، وقال المديون : إني

والمراد بالمهر معجله دون مؤجله . قال :ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ، لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ،وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ،

معسر ، ففيه اختلاف المشايخ ، ورأي الخصاف - رحمه الله- : أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل . وقيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال ، كثمن متاع ، أو بدل . قرض ، فالقول قول المدعي ، وإن كان بدلاً عما ليس بمال ، كالمهر ونحوه ، فالقول قول المدعى عليه . ونسب الخصَّاف - رحمه الله- هذا القول في «أدب القاضي» إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

ومن العلماء من قال: يحكم في الزاي ، إن تزيا بزي الفقر ، كان المقول قول المديون ، وإن تزيا بزي الأغنياء ، كان القول قول الطالب ، لأن ذلك علامة ودليل إلا في حق العلوية والفقهاء ، فإنهم يتكلفون في لباسهم ، حتى لا يذهب ماء وجههم مع حاجتهم ، فلا يكون الزي دليلاً وعلمًا على اليسار في حقهم ، فإن كان المطلوب ادعى الفقراء ، وادعى الطالب أنه غير زيه ، وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القاضي فإن القاضي يسأل البينة ، فإن أقام البينة على أنه كان عليه زي الأغنياء قبل ذلك ، سمع منه البينة ، ويجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه إقامة البينة ، يحكم بزيه في الحال، ويجعل القول قول المطلوب ، كذا في «شرح آداب القاضي » .

م: (**والمراد بالمهر معجله دون مؤجله**) ش: لأن العادة جارية بتسليم المعجل ، فكان الإقدام على النكاح دليلاً على القدرة ، والوفاء بالمعجل ، فلا يقبل قوله أنه معسر . قال فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله - : هذا في المعجل ، أما إذا طلبت المرأة المؤجل بعدما بنى بها ، فإن القول قول الزوج أنه عسر ؛ لأنه لا دلالة ها هنا على القدرة منه على آدابه ؛ فأما في النفقة ، فإن القول قول الزوج أنه معسر في تقدير النفقة م: (**قال: ولا يحسبه فيما سوى ذلك**) ش: أي فيما سوى المذكور كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية . م: (**إذا قال إني فقير، إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ؛ لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة**) ش: أي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك .

وفي «الذخيرة» : إذا أقام المدعي بينة على يساره ، وأقام المديون بينة على إعساره، فبينة رب الدين أولى ، لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه .

ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر ، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق .والمسألتان تؤيدان القولين الآخيرين ، والتخريج على ما قاله في الكتاب إنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق، وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول قول المدعي ، إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه ، يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ،

م: (**ويروى**) ش: عن الخصاف - رحمه الله - أنه نسبه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقد مر بيانه م: (**أن القول له**) ش: أي لمن عليه الدين م: (**إلا فيما بدله مال**) ش: يعني القول فيما بدله مال للمدعي م: (**وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر**) ش: يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر ، وادعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، وعليه نفقة المعسرين ، فالقول قول الزوج .

م: (**وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق**) ش: يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وزعم أنه معسر ، كان القول قوله م: (**والمسألتان**) ش: وهما مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك م: (**تؤيدان القولين الآخيرين**) ش: وبعض النسخ الأخير ، وأراد بالقولين الأخيرين قوله ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال .

م: (**والتخريج**) ش: أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق م: (**على ما قاله في الكتاب**) ش: أي على ما قال القدوري - رحمه الله - في «مختصره»، حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد مع وجود الالتزام ، لم يكن القول للمدعي في المسألتين ، فأجاب عنه وقال م: (**إنه**) ش: أي أن النفقة على تأويل الإنفاق م: (**ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق**) ش: فلو كان دينًا مطلقًا لم يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء م: (**وكذا**) ش: أي ولكذا ليس بدين مطلق م: (**عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق**) ش: فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركًا ، لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلما كان كذلك ، لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول ، وهو قوله حبسه في كل دين . . . إلى آخره ، لأن المراد بالدين هو المطلق منه ، إذ به يحصل الاستدلال على القدرة .

م: (**ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه**) ش: أي الحاكم م: (**شهرين أو ثلاثة ثم يسأل**) ش: جيرانه وأهل الخبرة م: (**عنه**) ش: عن يساره وإعساره ، وهذا التقدير رواية محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله- في

فالحبس لظهور ظلمه في الحال ، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه. قال: فإن لم يظهر له مال خلى سبيله ، يعني بعد مضي المدة ،

كتاب الحوالة ، والكفالة ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة رحمه الله - : أن التقدير فيه بأربعة أشهر ، على قياس مدة الإيلاء . وذكر الطحاوي- رحمه الله - : أن التقدير فيه بشهر .

وقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ثم قال : والحاصل أنه ليس فيه مضي وقت مقدر ، بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي ، فإن مضى أربعة أشهر ، ووقع له أنه متعنت ، يستديم حبسه ، وإن كان دون ذلك ، بأن كان شهرين أو شهرًا أو دونه ووقع أنه عاجز لا مال له ، أطلقه من السجن .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ما قال الطحاوي - رحمه الله - أوفق الأقاويل ، وقال الناصحي - رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله -: يحبسه شهرين أو ثلاثة ، وعلى رواية محمد - رحمه الله - قر وفيه أربعة أشهر ، وعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ستة أشهر ، ثم قال: وهو موقوف على رأي القاضي .

م: (**فالحبس لظهور ظلمه في الحال**) ش: وفي بعض النسخ لظهور مظلمة م: (**وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة**) ش: أراد بهذه ظهور ماله لو كان[يخفيه] م: (**فقدره بما ذكره**) ش: أي قدر محمد -رحمه الله - بما ذكره من الحبس أنه شهران أو ثلاثة م: (**ويروى غير ذلك**) ش: أي غير الشهرين أو الثلاثة م: (**من التقدير بشهر أو أربعة**) ش: أشهر م: (**إلى ستة أشهر**) ش: وقد مر ذلك كله ، وقال المصنف - رحمه الله - م: (**والصحيح أن التقدير**) ش: في مدة الحبس م: (**مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه**) ش: أي من الحبس لأن بعض الناس، يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة. وبه قال الشافعي ، وأحمد ومالك رحمهم الله ، وقال ابن الماجشون المالكي -رحمه الله -لا يحبس في القليل أكثر من نصف الشهر، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر، وفيما بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن لم يظهر له**) ش: أي الغريم م: (**مال خلى سبيله**) ش: ولا يحول بينه وبين غرمائه ، قال المصنف - رحمه الله - :م: (**يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظرة**) ش: بكسر الظاء م: (**إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا . ولو قامت البينة**

لأنه استحق النظرة إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا ، ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ . قال في الكتاب :خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. قال وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي

على إفلاسه قبل المدة) ش: أي المدة التي رآها القاضي برائة ، أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ - رحمهم الله - كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم م: **(تقبل)** ش: أي م: **(البينة في رواية)** ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد - رحمهما الله - م: **(ولا تقبل في رواية)** ش: وبه قال مالك - رحمه الله - م: **(وعلى الثانية)** ش: أي الرواية الثانية م: **(عامة المشايخ)** ش: . وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : هو الصحيح ، وفي «الذخيرة» : لو أخبره عن إعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان ، أو شهد بذلك شاهدان ، فعن محمد - رحمه الله - روايتان ، في رواية : لا يحبسه وبه يفتي الفضلي -رحمه الله - وهو قول إسماعيل ابن حماد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهكذا قال نصر بن يحيى - رحمه الله - وقال الإسكاف - رحمه الله - وعامة مشايخ ما وراء النهر - رحمهم الله -: يحبسه ولا تقبل هذه البينة ، لأنه بينة على النفي ، إلا إذ تأيدت بمؤيده بعد مضي المدة تأيدت .

وقال شيخ الإسلام - رحمه الله -: سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط ، وليس بواجب ، ولو طلب يمين الطالب عنه لا يعرف أنه معدم ، يحلف ، فإن نكل أطلقه ، وإن حلف أبد الحبس .

وقال أبو القاسم - رحمه الله - :كيفية الشهادة : أن يقول أشهد أنه مفلس ، لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه ، وثياب ليله ، وقد اختبرنا أمره سرًا وعلانية .

م: **(قال في الكتاب)** ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - :م: **(خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة)** ش: يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك أم لا ؟ م: **(وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى)** ش: أي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ، ولا يحول بينه وبين غرماء بعد خروجه من الحبس ، يلازمونه . . . إلى آخره والمراد من الملازمة الطواف معه ، أي طاف حتى يأخذ وأفضل كسبه لا المطالبة .

م: **(قال)** ش: أي المصنف - رحمه الله - م: **(وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي**

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلى سبيله ، ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته ،والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده .قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده، لأنه

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله) ش: إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعًا لتوهم الناقض بين روايته ورواية القدوري - رحمه الله - وهذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، ثم قال : وهذا إذا ثبت الحق بإقراره .

ولفظ « الجامع الصغير » يدل على جواز الحبس متصلاً بالإقرار ، وبينهما وهم التناقض ، فدفع هذا الوهم بقوله م: (**ومراده**) ش: يعني مراد محمد -رحمه الله - م: (**إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته**) ش: . قال الأترازي يعني مراد محمد - رحمه الله - فيما إذا ثبت الحق بالإقرار ، ثم ثبتت المماطلة ، فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار ، فاندفع ذلك الوهم .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - : معنى المسألة إذا كان جاحداً ، فأقر عنده ، وظهر القاضي جحوده عند غيره ، ومماطلته ، أو ظهر له مماطلته بعدما أقر عنده ، فحينئذ يحبسه ، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه .

م: (**والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده**) ش: أي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في «الجامع الصغير» في قوله : يحبسه ، ثم يسأل عنه ، قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري - رحمه الله - عنده يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، وبينا مدة الحبس أيضًا مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة إلى الإعادة ،وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : وروي والحبس ومدته بالنصب فيهما .

قلت : إعراب الرفع أن قوله و«الحبس» مبتدأ أولاً نصب على الظرف ، ومدته عطف على المبتدأ ، وقوله : وقد بيناه ، خبر المبتدأ .

وأما وجه النصب ، فعلى تقدير بينا الحبس ، ومدته بالنصب أيضًا عطفًا عليه ، وقوله : قد بيناه مفسر لذلك المقدر .

م: (**قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع**) ش: وفي أكثر النسخ . قال، أي القدوري - رحمه الله - : ويحبس الرجل إلى آخره ، لأنه ظالم فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيراً ، بأن كان درهمًا أو دنقًا م: (**ولا يحبس الوالد في دين ولده لأنه**) ش: أي لأن الحبس م: (نوع

نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه ، لأ
فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب.

عقوبة فلا يستحق الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص) ش: فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده م: (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) ش: أي على ولده ، لأن فيه إهلاكه، وفي الإنفاق عليه إحياء ه، وهو معنى قوله م: (لأن فيه) ش: أي في الإنفاق عليه م: (إحياء لولده ، ولأنه) ش: أي ولأن الإنفاق م: (لا يتدارك لسقوطها) ش: أي لسقوط نفقة الولد م: (بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب) ش: أي الزمان، بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان ، فافترقا في هذا الحاكم ، فيفترقان في حق الحبس .

* * *

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال : ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده ، للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر ،

م: **(باب كتاب القاضي إلى القاضي)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي ، أورد هذا الباب بعد فصل الحبس ، لأن هذا من عمل القضاة أيضًا ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد ، وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به ، لما فيه من شبهة التزوير ، إذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم ، إلا أنه جوز الحاجة الناس إليه ، لحديث علي رضي الله عنه أنه جوزه لحاجة الناس إلى ذلك وعليه أجمع الفقهاء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق**) ش: التي تثبت مع الشبهات دون ما يندرئ بها م: (**إذا شهد به عنده**) ش: أي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، وشهد على صيغة المجهول م: (**للحاجة**) ش: أي لحاجة الناس إليه م: (**على ما نبين**) ش: إشارة إلى قوله بعد هذا لمساس الحاجة . . . إلى آخره .

وفي «الأجناس» لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة ، والثوب ، ويكتب في العقار ، ويسمع شهادة المشهور على ذلك إذا بين حدودها الأربع . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو كتبت في العبد ، لكتب في الناقة والحمار وفي هذين لا أكتب ، فكذلك في العبد ولا جعل الآبق .

قال أبو يوسف - رحمه الله - الكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في «أدب القاضي » : أصله رواية بشر بن الوليد في الجارية . إلى هنا لفظ « الأجناس» .

وقال في «شرح الطحاوي »وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : يقبل في جميع ذلك ، أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره ، ثم قال فيه : والفتوى على هذا لتعامل الناس .

م: (**فإن شهدوا على خصم حاضر**) ش: المراد من الخصم هنا ، الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلاً لأجل إثبات الحق عليه ، والمسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة

حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً ، وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها ، وهذا هو الكتاب الحكمي، وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة ؛ لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ، فأشبه الشهادة على الشهادة ،

الخصم ، لإثبات الحق ، ولو لم يكن خصم أصلاً لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة ، كان قضاء على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا .

وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج إلى خصم م: (**حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً**) ش: إذ السجل لا يكون إلا بعد الحكم م: (**وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم ؛لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة**) ش: أي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة إلى القاضي م: (**ليحكم المكتوب إليه**) ش: أي القاضي المكتوب إليه م: (**بها**) ش: أي بهذه الشهادة ، لكن إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة .

م: (**وهذا هو الكتاب الحكمي**) ش: أي وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه م: (**وهو نقل الشهادة في الحقيقة**) ش: ألا ترى أن للقاضي الأول أن يبطله قبل أن يبعث به إلى الثاني ، وكذا للثاني أن لا ينفذ بكتابه ، إلا أن يكون ذلك برأيه كذا في « المبسوط » م: (**ويختص**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي م: (**بشرائط نذكرها إن شاء الله**) ش: في هذا الباب ، ومن الشرائط المعلومة خمسة .

ذكرها في « الذخيرة » : وهو أن يكون القاضي الكاتب معلومًا ، والقاضي المكتوب إليه معلومًا ، والمدعى به معلومًا ، والمدعى عليه معلومًا ، والمدعى به المعلوم ثم إعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده أو قبيلته ، لأن إعلام الإنسان إذا كان غائبًا بهذه الأشياء ، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ، وبذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن كان مشهوراً .

م: (**وجوازه**) ش: أي جواز نقل كتاب القاضي إلى القاضي، وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين م: (**لمساس الحاجة**) ش: أي لشدة حاجة الناس إليه م: (**لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة**) ش: تقرير هذا أن جوازه ثابت لمشابهة الشهادة على الشهادة لاتحاد المناط ، وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما تجوز الشهادة على الشهادة

وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة ؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ، ويقبل في العقار أيضًا لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها .

لإحياء حقوق الناس ، فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - : م: (**في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح**) ش: بأن ادعى رجلاً نكاحًا على امرأة ، أو بالعكس ، وكذلك الطلاق ، إذا ادعت امرأة على زوجها م: (**والنسب**) ش: بأن ادعى نسبًا من الميت م: (**والمغصوب**) ش: بأن ادعى غصبًا على رجل م: (**والأمانة المجحودة**) ش: الوديعة التي جحدها المودع م: (**والمضاربة المجحودة**) ش: التي جحدها المضارب ، وإنما قيد بالجحد فيهما ، لأن المودع والمضارب لو كانا مقرين ، فلا حاجة إلى كتاب القاضي . م: (**لأن ذلك كله**) ش: أي لأن المذكور من هذه الأشياء كله م: (**بمنزلة الدين**) ش: والدين يجوز فيه الكتاب ، فكذا يجوز فيما كان بمنزلته .

م: (**وهو**) ش: أي الدين م: (**يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة**) ش: **فإن قيل** : لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين ، فإن الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة عند دعوى النكاح من الجانبين ، وكذلك في الأمانة والمغصوب .

قلنا : لا بل النكاح ونظائره المذكورة ، لا يحتاج إلى الإشارة ، لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة ، وكذلك نظائره ، لأنها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة والمدعى هو العقد م: (**ويقبل في العقار أيضًا**) ش: أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضًا م: (**لأن التعريف فيه**) ش: أي في العقار م: (**بالتحديد**) ش: أي ببيان حدوده الأربعة .

م: (**ولا يقبل**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي م: (**في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة**) ش: عند الدعوى والشهادة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله- في العبيد والجوار ، وهو القياس المنصوص عن الشافعي- رحمه الله - : أنه لا يجوز في المنقول، وهو أصح الروايتين عنه .

م: (**وعن أبي يوسف** - رحمه الله - : **أنه**) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها**) ش: أي في العبد دون الأمة ، لأن العبد يخدم خارج البيت ، فيقدر على الإباق غالبًا فتمس الحاجة إلى الكتاب ، بخلاف الأمة ، فإنها تخدم في البيت

وعنه: أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها.

فلا تقدر على الإباق غالبًا ، فلا تمس الحاجة . كذا في «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد ، قلت : أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الأسواق وغيرها في أكثر الأوقات .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواها عنه بشر بن الوليد - رحمه الله-م: (**أنه يقبل**) ش: كتاب القاضي إلى القاضي م: (**فيهما**) ش: أي في العبد والأمة م: (**بشرائط تعرف في موضعها**) ش: وموضعه كتاب الإباق من «المبسوط» ، وأراد بها بيان حلية العبد وصفته، ونسبه الذي أخذه ، والختم في عنقه ، وأخذ الكفيل .

وصفة ذلك: بخارى أبق له عبد إلى سمرقند مثلاً ، فأخذه سمرقندي ، ويجوز المولى ببخارى ، فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده بحسب إلى ذلك ، ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين ، ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند، فإذا انتهى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده بالكتاب وبما فيه ، فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ، ولا يقضي له لأن شهادة شاهدين الملك لم يكن بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد .

ويجعل في عتق العبد خاتمًا من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وعلى ما في الكتاب فإذا وصل إلى قاضي بخاري ويشهد بالكتاب وختمه أمر المدعي بشهادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد ، أنه حقه وملكه ، فإذا شهدوا بذلك ، قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبريء كفيله .

وفي رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد ، لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه ، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبد، غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين ، لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ، زاعمًا أنها ملكه .

ولكن أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - قالا : هذا استحسان ، فيه بعض قبح ، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهرًا ، ويستعمله ، فيأكل من غلبته قبل القضاء بالملك ، وربما يظهر العبد لغيره ، لأن الحلية والصفة يشتبهان ، فإن المختلفين متفقان في الحلي والصفات

وعن محـمد - رحمـه الله - :أنه يقبل في جمـيع ما ينقل ويحول وعليـه المتأخرون رحـمهم الله قال، ولا يقبل الكتاب إلا بـشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الـكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم ، فلا بد من الحجة ،

فالأخذ بالقياس أولى .

م: (**وعن محمد - رحمه الله - : أنه**) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**يقبل من جميع ما ينقل ويحول وعليه**) ش: أي وعلى قول محمد والمشايخ المتأخرون-رحمهم الله - وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في قول، وقال الأسبيجابي : وعليه الفتوى .

وفي« الخلاصة» : ولو كتب اسم القاضي ونسبه ، ولم يكتب اسم القاضي والمكتوب إليه ونسبه ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز ، وأبي يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم ، ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله ، وإن كتب فيه تاريخًا ينظر هل هو كان قاضيًا في ذلك الوقت أم لا ، ولا يكتفي بالشهادة ، إذا لم يكتب مكتوبًا

وكذا كونه كتاب القاضي ، لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ، ولم يكن مكتوبًا ، كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ « الخلاصة » .

وفي «شرح الطحاوي» : وكتاب القاضي إلى القاضي ، في حقوق الناس من الطلاق والعتاق وغيرها جائز إلا في الحدود والقصاص ، وفي خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من القاضي الرستاق إلى قاضي مصر .

م: (**وقال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين**) ش: يعني لا يقبل القاضي المكتوب إليه ، كتاب القاضي إليه إلا بحجة تامة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في سائر الحقوق .

وكان الشعبي - رحمه الله - يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة ، قياسًا على كتاب أهل الحرب ويجيء الجواب عنه عن قريب م: (**لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا**) ش: أي اشتراط الحجة م: (**لأنه**) ش: أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**ملزم ، فلا بد من الحجة**) ش: وهذا عليه عامة الفقهاء .

وعن الحسن البصري والعنبري وأبي ثور والإصطخري ، وأبي يوسف - رحمه الله - في

بخلاف كتاب الاستئمـان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى الـقاضي ؛ لأن الإلزام بالشهـادة لا بالتزكـية . قـال : ويجب أن يقرأ الكتاب عـليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به ، لأنه لا شهادة بدون العلم ، ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغـيير ، وهذا عند أبي حنيفة ومحـمد - رحمهما الله -؛ لأن علم مـا في الكتاب والختم بحضرتهم شرط .

رواية ومـالك - رحمـه الله - في رواية مـثل قـول الشـعبي - رحـمه الله - فـإنهم قـالـوا : إذا كـان القاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في سائر الاستئمان بقوله : م: (**بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم**) ش: فإن الإمام بالخيار إن شاء أعطى الأمان وإن شاء لم يعطه ، فلا يشترط فيه البينة ، وأجاب عن قولهـم كما م: (**وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله**) ش: أي ورسول المزكي م: (**إلى القاضي**) ش: حيث يقبل من غير حجة تامة م: (**لأن الإلزام بالشهادة**) ش: إذ القضاء مضاف إلى الشهادة م: (**لا بالتزكية**) ش: أي ليس الإلزام بالتزكية ، وهذا لو قضى بدون التزكية صح قضاءه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق .

وقال الأكمل -رحمه الله-: وقبل قوله يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع ، فإنه ينعقد بكتابه وينعقد برسول أو اتحادهما في عدمه لأن القياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين :

أحدهما : ورود الأثر في جواز الكتاب ، وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسـول ، فبقي على القياس .

والثاني أن الكتاب كـالخطاب ، والكتـاب وجـد من موضع القـضاء ، فكـان الخطاب من موضع القضاء فيكون حجة ، وأما الرسول فقائم مقام الرسل والمرسل في هذا الموضع من يقال، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويجب أن يقرأ**) ش: القاضي الكتاب م: (**الكتاب عليهم**) ش: أي على الشهود م: (**ليعرفوا فيه**) ش: أي في الكتاب م: (**أو يعلمهم**) ش: أي أو يعلم القاضي الشهود م: (**به**) ش: أي بما في الكتـاب م: (**لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختـمه**) ش: أي الكتاب م: (**بحضرتهم ويسلمه إليهم ؛ كيلا يتوهم التغيير ، وهذا**) ش: أي ما ذكر من الوجهين م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - في رواية م: (**لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط**) ش: ارتفاع شرط على الخبر والمبتدأ هو

وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا: شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله - .

قوله هذا ، وقوله إن علم ما في الكتاب معناه ، لا نعلم ما في الكتاب ، فإن كان عند أحد وجه غير هذا فليبين م: (**وكذا**) ش: أي وكذا بشرط م: (**حفظ ما في الكتاب عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون اشتراط حفظ ما في الكتاب م: (**يدفع إليهم**) ش: أي إلى الشهود م: (**كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم**) ش: فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا**) ش: أي في قوله الأخير ، إنما قال ذلك لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**شيء من ذلك**) ش: هذا مقول القول ولفظ شيء مبتدأ ، وإن كان نكرة ، لأنه تخصيص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك ، أي علم ما في الكتاب ، وحفظه والختم بحضرتهم وقوله م: (**ليس بشرط**) ش: خبر المبتدأ المذكور م: (**والشرط**) ش: أي عند أبي يوسف - رحمه الله -: م: (**أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضًا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة**) ش: لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب ، وليس في المعاينة احتمال م: (**واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله-**) ش: تيسيراً على الناس وأجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب .

قال الكاكي - رحمه الله - : فاحفظ هذا ، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك يشهدون على ما في الصك غير قراءة الحدود وغير ذلك . كذا في «مختلفات القاضي» وما قالاه احتياط وما قاله أبو يوسف رحمه الله توسع .

ومن الشرائط عندهما ، أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء كما في جميع الشهادات . كذا في« الذخيرة» .

ومن الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنونًا ، بأن يكتب فيه : هذا كتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي ، والشرط العنوان الباطن عندهما ، لا على

قال ، فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم ، لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب ، لأنه للنقل لا للحكم .

عنوان الظاهر ، حيث لو ترك العنوان الظاهر انتفى المكتوب إليه بالعنوان ، وجاز ذلك ، وعلى العكس لا يجوز .

وصورة الظاهر في زماننا : أن يكتب قبل كتابة التسمية على جانب اليسار من فلان بن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، ويكتب في جانب اليمين فوق كتابه : بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم فإن كتب إلى قاضي فلان كذا ، وفي البلد قاضيان لا يصح ، ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ، ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ثم يكتب البسملة هذا كتابي أطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره ، كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب : أما بعد .

ثم اعلم أنهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها ، وكثير منهم قالوا : لا يجوز فيما دون مسافة السفر به .

قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في وجه ، وحكى الطحاوي - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وأصحابه : أنه يجوز فيما دون السفر ، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا : هذا مذهب أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله -وبه قال مالك -رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإذا وصل**) ش: أي كتاب القاضي م: (**إلى القاضي لم يقبله**) ش: وفي بعض النسخ لم لم يفتكه من الافتكاك .

والأول أوقف لرواية الكتب في «الجوامع» « وفتاوى قاضي خان» م: (**إلا بحضرة الخصم لأنه**) ش: أي لأن الكتاب م: (**بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره**) ش: أي حضور الخصم م: (**بخلاف سماع القاضي الكاتب**) ش: حيث يسمع الشهادة وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غائبًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن سماعه م: (**للنقل لا للحكم**) ش: فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول ، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا .

قال: فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله -. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود ،وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب ،

وقال في «شرح الأقطع» : وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقبله من غير حضور خصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه ، فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب ، فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به .

م: (**قال: فإذا سلمه الشهود إليه**) ش: وفي بعض النسخ قال أي القدوري - رحمه الله - : إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه م: (**نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي**) ش: المكتوب إليه م: (**وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) ش: أي في الكتاب م: (**وهذا**) ش: أي المذكور م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله -**): م: (**إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر**) ش: أشار إلى ما قال قبل هذا : وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه .

م: (**ولم يشترط**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**في الكتاب**) ش: أي في «مختصره» م: (**ظهور العدالة للفتح**) ش: أي فتح الكتاب لأنه قال : فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه ، وقرأه علينا وختمه : فتحه القاضي ، ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا ، فعلم أنه لم يشترط العدالة وقال المصنف - رحمه الله - م: (**والصحيح أنه يفض الكتاب**) ش: أي يفتحه ويفك ضمته م: (**بعد ثبوت العدالة**) .

م: (**كذا ذكره الخصاف ؛ لأنه ربما يحتاج**) ش: أي المدعي م: (**إلى زيادة الشهود**) ش: إذا لم تظهر العدالة م: (**وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم**) ش: ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ،[. . .] ، فلا يمكنهم ذلك م: (**وإنما يقبله المكتوب إليه**) ش: ذكر هذا تعريفًا على ما تقدم من مسائل القدوري ، أي وإنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب إليه م: (**إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل**) ش: أي القاضي الكاتب م: (**أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب**)

لا يقبله ؛لأنه التحق بواحـد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل إخبـاره قاضيًا آخر في غـير عمله ، أو في غير عملهما ، وكذلك لو مات المكتـوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المـسلمين ؛لأن غيره صار تبعًا له ، وهو معـروف، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف .

ش: بأن فسق أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب م: (**لا يقبله**) .

ش: وقال الشافعي وأبو يوسف - رحمهما الله - وأحمد - رحمه الله -: يقبله ويعمل به ، واستدل المصنف - رحمه الله - على عدم القبول بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي الكاتب بالأمور المذكورة م: (**التحق بواحـد من الرعايا**) ش: لأنه حينئذ خرج من أن يكون حاكمًا فلا ينفذ الحكم بكتابه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا م: (**لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله أو في غير عملهما**) ش: يعني إذا أخبر القاضي قاضيًا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل كتابه ، فلأن لا يقبل كتابه إذا عزل أو مات بالطريق الأولى ، كذا قاله تاج الشريعة .

وفي «الذخيرة» [قال] قاضي خان : التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما ، فقال أحدهما للآخر : ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه ، ولم ينفذه لأن الخطأ والسماع أو أحدهما وجد من غير القاضي ، حيث لم يكن في مكان ولايته م: (**وكذلك**) ش: أي وكذا لا يقبله قاضي آخر م: (**لو مات المكتوب إليه**) ش: لأنه كتب إلى غيره ، وقد مات م: (**إلا إذا كتب إلى فلان بن فـلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه مـن قضاة المسلمين**) ش: فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب إليه م: (**لأن غيره**) ش: أي غير المكتوب إليه م: (**صار تبعًا له ، وهو معروف**) ش: أي معلوم الذي صار تبعًا معلوم .

م: (**بخلاف ما إذا كتب ابتداء**) ش: من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني م: (**إلى كل من يصل إليه**) ش: من قضاة المسلمين ، حيث لم يقبل م: (**على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف**) ش: أي مجهول حاصل الكلام أما في الصورة الأولى صرح الكتاب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم ، بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، أو إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأنه أتى بما هو شرط ، وهو أن يكون من معلوم ، ثم صير غيره تبعًا له .

وأما في الصورة الثانية ، فإن كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، فإنه لا يصلح لأنه معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط ، وهو

ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ، لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما .

مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - وقيل : الظاهر أن محمداً - رحمه الله - معه وقيل رد لقول أبي يوسف - رحمه الله - في جوازه ، فإنه حين ابتلي بالقضاء ، وسع كثيراً ، تسهيلاً للأمر على الناس .

م: (**ولو كان مات الخصم**) ش: يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي م: (**ينفذ**) ش: القاضي المكتوب إليه م: (**الكتاب على وارثه**) ش: أي ورثة الخصم م: (**لقيامه**) ش: أي لقيام الورثة م: (**مقامه**) ش: أي مقام الخصم م: (**ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ، وفي قول آخر : يقبل ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - لأن الاعتماد على الشهود [. . .] م: (**لأن فيه**) ش: أي في كتاب القاضي م: (**شبهة البدلية**) ش: لأن للمكتوب إليه صار بدلاً عن الكاتب ، لأنه لم يشاهد الشهادة م: (**فصار كالشهادة على الشهادة**) ش: وهي غير مقبولة فيهما ، فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات م: (**ولأن مبناهما**) ش: أي مبنى الحدود والقصاص م: (**على الإسقاط وفي قبوله**) ش: أي وفي قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما م: (**سعى في إثباتهما**) ش: فلا يجوز ، والله أعلم .

***

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما وقد مر الوجه،وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك ، لأنه قلد القضاء دون التقليد به ، فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف ؛

فصل آخر

أي هذا فصل آخر ، قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر ، وأجيب بأن هذا فصل آخر في كتاب «أدب القاضي» ، فإنه تقدم فصل في الحبس وهذا فصل آخر م: (**ويجوز قضاء المرأة في كل شيء**) ش: وقال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله - : لا يجوز لأن المرأة ناقصة للعقل غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم م: (**إلا في الحدود والقصاص**) ش: مجمع عليه في عدم الجواز م: (**اعتباراً بشهادتهما فيهما**) ش: أي قياسًا على شهادتهما فإن شهادتها جائزة م: (**وقد مر الوجه**) ش: أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي»، أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص ، فهي أهل للقضاء في غيرهما .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وقيل : أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية ، فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها فشهادتها كذلك ، وقضاؤها مستفاد من شهادتها ، انتهى .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : قوله : وقد مر الوجه أي في كتاب الحدود ، أن فيها شبهة البدلية ، قال الله تعالى : ﴿ **فإن لم يكونا رجلين** ﴾ . . . الآية (البقرة الآية : ٢٨٢) .

م: (**وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك**) ش:أي الاستخلاف، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - ،ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف . ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف . ولو ولاه وسكت عن الإذن والنهي ، فعندنا لا يجوز، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

وعن الإصطخري من أصحاب الشافعي-رحمه الله- : يجوز إذا ولاه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**قلد القضاء دون التقليد به**) ش: أي بالقضاء م: (**فصار**) ش: أي حكمه م: (**كتوكيل الوكيل**) ش: فإن الوكيل لا يملك إلا إذا فوض إليه ذلك ، لأنه مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف م: (**بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف**) ش: أي

لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنًا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ، ولو قضى الثاني بمحضر من الأول ، أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأي الأول

حيث يجوز له الاستخلاف .

وإن لم يأذن له بذلك م: (**لأنه**) ش: أي لأن أداء الجمعة م: (**على شرف الفوات لتوقته**) ش: أي لتوقت أداء الجمعة بوقت تفوت بانقضائه ، لأن الموانع من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة وغيرهما ، قد يعتبر به شيء من ذلك ، مع ضيق الوقت ، ولا يمكن انتظار الإمام الأعظم، لأنها لا تحتمل التأخير عن الوقت م: (**فكان الأمر به**) ش: أي بأداء الجمعة م: (**إذنًا بالاستخلاف دلالة**) ش: أي من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحًا .

لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة ؛ لأنها من شرائط افتتاح الجمعة ، فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث ، فاستخلف من لم يشهدها جاز ، لأن المستخلف [. . .] مفتتح ، واعترض بمن أفسد صلاته ، ثم افتتح بهم الجمعة ، فإنه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ، لم يشهد الخطبة ، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول ، التحق بمن يشهد الخطبة .

م: (**ولا كذلك القضاء**) ش: أي ليس القضاء كالجمعة ، لأنه غير موقت يفوت بالتأخير عند العذر م: (**ولو قضى الثاني**) ش: يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام ، وقضى هذا النائب كيف يكون حكمه؟ قال المصنف -رحمه الله- : م: (**ولو قضى الثاني**) ش: أي ولو حكم نائبه الذي ولاه م: (**بمحضر من الأول**) ش: وهو القاضي المولى من الإمام م: (**أو قضى الثاني**) ش: وهو النائب عند غيبة المستنيب م: (**فأجاز الأول**) ش: وهو القاضي المستخلف م: (**جاز**) ش: إذا كان من أهل القضاء م: (**كما في الوكالة**) ش: فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل ، فوكل وتصرف بحضرة الأول وأجازه الأول جاز م: (**وهذا**) ش: أي وجه الجواز م: (**لأنه**) ش: هذا يصلح أن يكون دليلاً للمسألتين .

أما في هذه المسألة فلأنه ، أي فلأن الخليفة م: (**حضره رأى الأول**) ش: أي رأي القاضي الأول الذي ولاه الخليفة وقت قعوده لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي ، أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيًا به .

وأما في الولاية فيجيء في كتابها ، فإن قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه؟ فأجيب بالمنع ، فإن الالتفات أسهل من الابتداء ، وإن الحكم الذي

وهو الشرط . وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائبًا عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح . قال :وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، بأن يكون قولاً لا دليل عليه. وفي «الجامع الصغير »: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى

أدى له القاضي به في الابتداء لم يحضره رأي القاضي فكأنه رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به .

م: (**وهو الشرط**) ش: أي حضور رأي الأول هو شرط الجواز م: (**وإذا فوض إليه يملكه**) ش: أي إذا قال الخليفة القاضي : ولمن شئت كان له أن يولي غيره م: (**فيصير الثاني نائبًا عن الأصل**) ش: أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض إليه نائبًا عن الخليفة م: (**حتى لا يملك الأول عزله ، إلا إذا فوض إليه العزل وهو الصحيح**) ش: أي القاضي الأول لا يملك عزل القاضي الثاني الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة ، لأنه صار قاضيًا من جهة الخليفة ، فلا يملك القاضي المستنيب عزله ، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يملك عزله لأنه نائبه ، فصار كوكيله . قلنا : إنه صار قاضيًا من جهة الخليفة إلا أن يقول له الخليفة : ولي من شئت واستبدل من شئت ، فصار كالوكيل إذا قال له الموكل : اعمل برأيك، صح توكيله على الموكل وصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل ، انعزل الأول والثاني ، ولو مات الأول ، لا ينعزل وكيله . فكذا إذا عزله الأول .

م: (**وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه**) ش: أي نفذه م: (**إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع**) ش: كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات كالحكم بحل متروك التسمية عامدًا، فإنه مخالف لقوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه**﴾م: (الأنعام : الآية ١٢١) ش: أي أو سنته المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثًا بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - وسعيد بن جبير - رضي الله عنه - فإن اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة م: (**بأن يكون قولاً لا دليل عليه**) ش: بيان لمخالفة الإجماع ، كما إذا مضى على الدين سنون ، فحكم بسقوط الدين عمن عليه .

لتأخير المطالبة ، فإنه لا دليل شرعي على ذلك ، وعلى النسخة الأولى يكون قوله بأن يكون تعليلاً للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفًا للأدلة المذكورة ، بسبب أنه يكون قولاً لا دليل عليه .

م: (**وفي « الجامع الصغير » : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى**

غير ذلك أمضاه والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه ، ولو قضى في المجتهد فيه ، مخالفًا لرأيه ، ناسيًا لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة -رحمه الله- وإن كان عابداً ، ففيه روايتان ،

غير ذلك أمضاه) ش: أي غير ما قضى به الأول ، إنما ذكر لفظ «الجامع الصغير» بهذا اللفظ ، لأن فيه فائدتين :

إحداهما : أنه قيد بالفقهاء ؛ لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد ، فاتفق قضاؤه ، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه . كذا ذكره في «فصول الاستروشيني» - رحمه الله - محالاً إلى «المحيط» . وفي« الذخيرة»: لا ينفذه المدفوع إليه على قول العامة .

والفائدة الثانية : أنه قيد بقوله يرى غير ذلك ، ففي رواية القدوري - رحمه الله- : لم يتعرض بذلك فيحتمل أن قوله أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقًا لحكم الأول ، فإذا كان مخالفًا لا يمضيه ، فأبانت رواية «الجامع» بأن ذلك الإمضاء عام ، فيما سوى المستثنيات ، سواء كان يوافق رأيه أو يخالفه ، لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه ، ولا ينقضي باجتهاد آخر .

وقد صح عن عمر -رضي الله عنه- أنه قلد القضاء لأبي الدرداء -رضي الله عنه- بعد كثرة اشتغاله ، فاختصم إلى أبي الدرداء رجلان في شيء فقضى لأحدهما ، ثم لقي عمر- رضي الله عنه- المقضى عليه ، فسأله -رضي الله عنه- عن حاله ، فقال قضى علي ، فقال عمر : لو كنت مكانه لقضيت لك ، فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر : ليس هنا نص والرأي مشترك ، يروى أن عمر -رضي الله عنه- استعان بزيد بن ثابت -رضي الله عنه - ، فقضى زيد -رضي الله عنه- بين رجلين ثم لقي عمر أحد الخصمين ، فقال : إن زيداً قضى علي ، والباقي نحوه، وعن عمر -رضي الله عنه- قضى في حارثة بقضية ، ثم قضى فيها بخلاف ذلك ، فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضيناه هذه كما نقضي .

م: **(والأصل)** ش: أي في تنفذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفًا للأدلة المذكورة م: **(أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه)** ش: وفي بعض النسخ : محلاً مجتهداً فيه م: **(ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن الاجتهاد الثاني كاجتهاد الأول)** ش: في أن كلاً منهما يحتمل الخطأ م: **(وقد يرجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه)** ش: درجة ، وهو لم يتصل القضاء به م: **(ولو قضى في المجتهد فيه مخالفًا لرأيه)** ش: حال كونه م: **(ناسيًا لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان عابداً ففيه روايتان)** ش: وفي بعض النسخ : فعنه أي عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان :

ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين . وعندهما لا ينفذ في الوجهين ؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى . ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفًا لما ذكرنا ، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض

في رواية : لا ينفذ وبه كان يفتي شمس الأئمة ، والأوزجندي ، لأنه زعم فساد قضائه فتعامل في حقه بزعمه ، وفي رواية ينفذ وبه كان يفتي الصدر الشهيد والمرغيناني - رحمهما الله - وأشار إلى وجه هذا بقوله : م: (**ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين**) ش: لأن كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه ، بل الأمر محتمل عنده ، فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملاً للأمر القضاء على الصواب . وذكر في «الذخيرة »الاختلاف في نفاذ القضاء ، وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**لا ينفذ في الوجهين**) ش: أي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ، ومالك وأحمد- رحمهم الله تعالى- م: (**لأنه قضى بما هو خطأ عنده**) ش: فيعمل بزعمه قال المصنف - رحمه الله - : م: (**وعليه الفتوى**) ش: لأنه زعم فساد قضائه والمرء مؤاخذ بزعمه ، كذا في « المحيط» .

وذكر في « الفتاوى الصغرى» الفتوى على قول أبي حنيفة - رحمه الله - في نفاذ القضاء على خلاف المذهب ، وفي «فتاوى ظهير الدين» - رحمه الله - استحق للسلطان أن ينقض ذلك .

م: (**ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفًا لما ذكرنا**) ش: من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع م: (**والمراد بالسنة المشهورة**) ش: بالرفع لأن خبر لقوله والمراد أي المراد من السنة ليس مطلق السنة بل السنة المشهورة م: (**منها**) ش: أي من السنة .

والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء** ﴾ م: (النساء : الآية ٢٢) ، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته ووطئها إن وطئها الأب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه ، من دفع إليه م: (**وفيما اجتمع عليه**) ش: أي في الذي اجتمع عليه م: (**الجمهور**) ش: أي جمهور العلماء - رحمهم الله - أي أكثرهم ، وأجلهم م: (**لا يعتبر مخالفة البعض**) ش: أي بعض العلماء - رحمه الله - هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه .

وذلك خلاف وليس باختلاف ، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول . قال :وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ، فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله -

---

وقال الأكمل - رحمه الله - ناقلاً عن السغناقي - رحمه الله - : وينبغي أن يحمل كلام المصنف - رحمه الله - هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ، وذلك لقول ابن عباس -رضي الله عنهما- في جواز ربا الفضل ، فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه ، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك ، وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه ، فأما إذا سوغ له ذلك ،لم ينعقد الإجماع بدونه ، كقول ابن عباس -رضي الله عنهما- في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فإن حكم به لم يكن مخالفًا للإجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة - رحمه الله - ، ولعله اختاره المصنف - رحمه الله - ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده ، لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء - رحمهم الله .

م: (**وذلك**) ش: أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور م: (**خلاف**) ش: أي مخالفة للأكثر م: (**وليس باختلاف**) ش:لم يذكر أحد الفرق حينما وقعت عليه من الشروح والفرق بينهما إن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفًا .

والمقصد واحد كخلاف الشافعي - رحمه الله - ، والخلاف هو أن يكون الطريق مختلفًا والمقصد مختلفًا ، فافهم فإنه دقيق م: (**والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول**) ش: وهم الصحابة رضي الله عنهم .

وفي «الذخيرة» : إنما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ، ومن معهم من السلف ، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي - رحمه الله - والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه . انتهى

والخلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم والتابعين - رحمهم الله - لا الذي يقع بعدهم ، فعلى هذا إذا حكم الشافعي والمالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» : م: (**وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر**) ش: أي فيما بينا م: (**بتحريمه ، فهو في الباطن**) ش: أي عند الله م: (**كذلك**) ش: أي حرام م: (**عند أبي حنيفة -رضي الله عنه-**) ش: ومن صور التحريم : ادعت على زوجها أنه

فالقاضي يقضي وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح . قال: ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه . وقال الشافعي-رحمه الله -: يجوز

طلقها ثلاثًا ، أو أقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة ، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً : لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً أو باطنًا ، ويحل للثاني ظاهراً وباطنًا علم بحقيقة الحال أولاً .

وعلى قول أبي يوسف آخراً ومحمد والشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال ، ومن صورة التحريم أيضًا وصبي وصبية سبيًا وهما صغيران ، فكبرا وأعتقا ، ثم تزوج أحدهما الآخر ، فجاء حربي مسلمًا ، وأقام بينة أنهما ولداه .

(**فالقاضي يقضي**) ش: بنسبهما ويفرق بينهما ، فإن رجع الشهود ، أو تبين أنهم زور ، لا يسع للزوج وطأها عنده ، لأن القضاء بالحرمة نفذ ظاهراً وباطنًا ، وكذا عند محمد-رحمه الله - لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود .

م: (**وكذا إذا قضى**) ش: القاضي م: (**بإحلال**) ش: يعني إذا قضى القاضي بإحلال شيء في الظاهر ، فهو في الباطن كذلك ، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحاً ، وهي تجحد ، فأقام عليها شاهدي زور ، وقضى القاضي بالنكاح بينهما ، حل للزوج وطأها، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله- في قوله الأول .

وعند محمد وأبي يوسف في قوله الأخير ، وزفر والأئمة الثلاثة- رحمهم الله -: لا يحل لهما ذلك م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (**إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، وقد مرت في النكاح**) ش: كنكاح وبيع وطلاق وعتاق لا في الأملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك، ولم يذكروا السبب ، فإن الحكم فيها بشهادة الزور ، لا ينفذ باطنًا بالإجماع .

ومن صور البيع : ما إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور ، سواء كانت الدعوى من جهة المشتري ، مثل أن قال: بعتني هذه الجارية ، أو من جهة البائع مثل أن يقول : اشتريت مني هذه الجارية ، فإنه يحل للمشتري وطأها في الوجهين جميعًا .

م: (**ولا يقضي القاضي على غائب**) ش: ولا يقضي له أيضًا عندنا م: (**إلا أن يحضر من يقوم مقامه**) ش: مثل وكيل الغائب أو وصيه . (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يجوز**) ش: إذا كان غائبًا

لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا :أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ،ولا منازعة بدون الإنكار ، ولم يوجد، ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء؛ لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب ، فكذلك الجواب ؛لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء ،

عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان مستتراً في البلد قولاً واحداً ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - ولو كان غائبًا في مجلس الحكم غير مستتر في البلد فقولان أصحهما :أنه لا يحكم بدون حضوره ، وبه قال مالك وأحمد ، إذ في المستتر تضييع الحقوق ، وفي غيره : لا . والثاني أنه يجوز م: (**لوجود الحجة وهي البينة خظهر الحق**) ش: فيحل للقاضي العمل بمقتضاها م: (**ولنا: أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة**) ش: لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل ، لأن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها م: (**ولا منازعة بدون الإنكار**) ش: يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار م: (**ولم يوجد**) .

ش : **فإن قيل** : قد قلتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت .

أجيب: بأن الشرع أنزله منكرًا حملاً لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق ، كذا في «المبسوط» و«الأسرار » و«الذخيرة » .

فإن قيل : وقف الحكم إلى الحضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد ، لأن المدعى عليه لو حضر ، فإما أن يقر أو ينكر ، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة .

قلنا : بل هو مفيد ، لأنه يحتمل أن يطعن في البينة ، ويثبت طعنه بالحجة ويحتمل أنه يسلم الدعوى ، ثم ادعى الأداء إلى المدعي ويثبت بالحجة .

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر على المطلوب أي ولأن البيان م: (**يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء**) ش: على الحاكم م: (**لأن أحكامهما**) ش: أي أحكام القضاء بالبينة ، والإقرار م: (**مختلفة**) ش: فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ، ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة ، فإن الرجل إذا اشترى جارية مولده عنده ، فاستحقها رجل بالبينة ، فإنه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ، لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الإقرار ، فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير م: (**ولو أنكر**) ش: المدعى عليه م: (**ثم غاب فكذلك الجواب**) ش: يعني لا يقضي القاضي في غيبته م: (**لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء**) ش: لأن البينة إنما تظهر حجة بالقضاء ، وبقاؤه شرط وهو محتمل هاهنا .

وفيه خلاف أبي يوسف - رحمه الله - ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائبًا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي ،

م: (**وفيه**) ش: أي وفي الوجه م: (**خلاف أبي يوسف- رحمه الله-**) ش: فإنه يقول الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء ، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب ، وأجيب أن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات .

فإن قلت : احتج الشافعي - رحمه الله - بقوله عليه السلام : « البينة على المدعي » ، فاشتراط حضور الخصم لإقامة البينة زيادة عليه ، وما قالت هند- رضي الله عنها - : « **يا رسول الله إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال عليه السلام: خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف**» فقد قضى عليه وهو غائب .

قلت : حجتنا نحن بقوله عليه السلام لعلي -رضي الله عنه - : « لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك لا تدري بما تقضي » رواه الترمذي- رحمه الله -وقال : هذا حديث حسن .

وأما قوله ﷺ: « **البينة على المدعي** »[1] فدليلنا لأن البينة اسم لما يحصل به التبيان ، وليس المراد بالبيان في حق المدعي ، لأنه حاصل بقوله ، ولا في حق القاضي ، لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاهد ، وذلك إلا بحضوره .

وأما الجواب : عن حديث هند -رضي الله عنها- فهو أنه عليه السلام كان عالمًا باستحقاق النفقة على أبي سفيان رضي الله عنه ألا ترى أنها لم تقم البينة ، وقيل : كان هذا فتوى وليس بحكم .

م: (**ومن يقوم مقامه**) ش: لما ذكر إن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله ، ومن يقوم مقامه ﷺ أي مقام المدعى عليه الغائب ، ولا يخلو هذا إلا بأن يكون م: (**قد يكون نائبًا بإنابته ، كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي**) ش: قيد به احترازاً عن المسخر من جهة القاضي ، فإن فيه اختلاف الروايتان . وذكر في «الذخيرة» : وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه .

---

(١) رواه مسلم في الأقضية ، والبخاري في «التفسير - باب قوله : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلا﴾ وغيرهما .

وقد يكون حكمًا بأن كان ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب . أما إذا كان شرطًا لحقه فلا معتبر به في جعله خصمًا عن الغائب ،

والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ، ولا على المسخر ، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ، ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد بعث في بعثائه إلى باب داره ونادى على باب داره ، وقال احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك . أما في غير ذلك الموضع فلا .

م: (**وقد يكون حكمًا**) ش: هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته ، أي قد يكون من يقوم مقامه حكمًا م: (**بأن كان يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر**) ش: أي يكون سببًا لا محالة ، أما إذا كان سببًا في وقت دون وقت ، لا ينصب الحاضر خصمًا عن الغائب . كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه ، فقالت: قد طلقني ثلاثًا ، وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغالب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق ، أعادت البينة . وأما صورة كون ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر فكثيرة ، منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له ، اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها ، وذو اليد غصبهما منه وهو ينكر قبلت بينته ، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب ، حتى لو حضر الغائب ، وأنكر البيع ، لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعي على الحاضر فصار الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب .

م: (**وهذا**) ش: أي ما يدعي على الغائب سببًا لا محالة لما يدعيه على الحاضر م: (**في غير صورة في الكتب**) ش: ولهذا قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن ، ومنها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه ، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق ، فبرهن أنه ذاب له على فلان ألف درهم ، فإنه يقضي بها ، ومنها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان ، وقال ذو اليد ما اشتريتها من أحد والدار داري ، فيبرهن المدعي أنه اشتراها من فلان الغائب ، وهو يملكها وأنه شفيعها ، ويقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعًا .

م: (**أما إذا كان شرطًا**) ش: يعني أما إذا كان ما يدعي على الغائب شرطًا م: (**لحقه**) ش: أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ، فادعت امرأة الحالف عليه أن فلانًا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة ، فلا تصح هذه البينة ولا يقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله م: (**فلا معتبر به في جعله خصمًا عن الغائب**) ش: وهو قول عامة المشايخ

وقد عرف تمامه في «الجامع» . قال : ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق ؛لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة . والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه ، وإن أقرض الوصي ضمن ؛لأنه لا يقدر على الاستخراج . والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين

- رحمهم الله - لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح ، لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب .

وقال فخر الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - : إن البينة تقبل ، ويجعل الحاضر خصمًا عن الغائب كما في السبب ، لأن الدعوى والمدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط .

فإن قيل : أليس لو قال لها : إن دخل فلان الدار فأنت طالق ، فأقامت المرأة البينة أنه دخل وفلان غائب ، كانت البينة صحيحة .

الجواب: إنما صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب، فلا يكون قضاء على الغائب . م: (**وقد عرفت تمامه**) ش: أي تمام هذا المذكور من المسألة م: (**في الجامع**) ش: الصغير .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ويقرض**) ش: من الإقراض بالضاد المعجمة وفاعله م: (**القاضي أموال اليتامى**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله - : أي إلى الثقات والثقة الملي الحسن المعاملة .

وفي الأقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يحصل غلبة لليتيم ، أما إذا وجد فلا يملكه ، هكذا روي عن محمد -رحمه الله- م: (**ويكتب ذكر الحق**) ش: أي يكتب كتابًا وهو الصك لأجل ذكر الحق ، وهو الإقتراض م: (**لأن في الإقراض**) ش: أي في إقراض أموالهم م: (**مصلحتهم**) ش: أي مصلحة اليتامى م: (**لبقاء الأموال محفوظ**) ش: فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه م: (**مضمونة**) ش: لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة ، فيقرضها ، بخلاف الوديعة فإنه وإن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة .

فإن قيل: نعم هو كذلك ، لكن لو لم يؤمن النوى بجحود المستقرض ، أجاب المصنف - رحمه الله - عن هذا بقوله : م: (**والقاضي يقدر على الاستخراج**) ش: لكونه معلومًا له م: (**والكتابة ليحفظه**) ش: أي لتحفيظ القاضي بالكتابة ، وينتفي النسيان بها م: (**وإن أقرض الوصي**) ش: أي مال اليتيم م: (**ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج**) ش: لبقاء مخافة النوى ، وإن كان الحفظ والضمان موجودين م: (**والأب**) ش: في إقراض مال الصغير م: (**بمنزلة الوصي**) ش: حيث لا يجوز له الإقراض م: (**في أصح الروايتين**) ش: وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد

لعجزه عن الاستخراج

والعتابي - رحمـهم الله - م: (لعـجزه) ش :[أي] الأب م: (عن الاسـتخراج) ش: وفي رواية يجوز له ذلك ، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس ،كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذه الأب قرضًا لنفسه ، قالوا: يجوز ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه ليس له ذلك .

* * *

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم ، لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما

م: (باب التحكيم)

ش:أي هذا باب في بيان التحكيم ، وهو مصدر من حكم بالتشديد ، يقال : حكمه ، أي فوض إليه الحكم ، وهو أيضًا من أنواع القضاء ، إلا أنه أخر ذكره لأن حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي ، وهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينمي إليه أبطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص ، بخلاف حكم القاضي .

ويجوز حكم القاضي رضي الخصم بذلك أم لا ، ولا يجوز حكم المحكم إلا برضى الخصمين ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها** ﴾ (النساء الآية ٣٥) ، فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات . وأما السنة ما روى أبو شريح - رضي الله عنه- أنه قال : يا رسول الله ﷺ إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي عني الفريقان ، فقال عليه السلام: «**ما أحسن هذا** »[(١)] ، رواه النسائي -رحمه الله - وأما الإجماع فإن الصحابة -رضي الله عنهم- كانوا مجمعين على جواز التحكيم .

م: (**وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ،وينفذ حكمه عليهما**) ش: ولا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب ، فحكم هو والبائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه ولو اصطلح البائع الأول والثاني . والمشتري جميعًا على حكمه يرده على البائع الأول استحسانًا ، والوكيل بالبيع إذا ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله ، جاز على الأمر في رواية .

وفي رواية : جاز عليه دون الأمر ، وإن كان عيب محدث مثله يلزم البائع إلا إذا حكماه برضا الأمر كذا في« المحيط» م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الذي ذكرناه إنما يصح م: (**إذا كان المحكم**) ش: بتشديد الكاف المفتوحة م: (**بصفة الحاكم**) ش: المولى م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحكم م: (**بمنزلة القاضي فيما بينهما**) ش: أي فيما بين المحكمين .

واعترض بأنه لو كان كذلك ، لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل

---

(١) صحيح : أخرجه النسائي (٨/ ٢٢٦) من طريق شريح بن هانيء عن أبيه هانيء -رضي الله عنه- . . . مرفوعًا به . وإسناده صحيح.

فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة، والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ، ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما ، لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا

على قول أبي يوسف - رحمه الله - لكنها وقعت ، فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده، وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين .

والمقصود به قطع المنازعة ، والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء ، والإمارة؛ لأنه تعريض م: (**فيشترط أهلية القضاء**) ش: هذا نتيجة قوله : لأنه بمنزلة القاضي ، فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهلية القضاء ووقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى لو حكما عبدًا ثم أعتق أو صبيًا ثم بلغ ، أو ذميًا فأسلم ، وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى ، وكذا لو كان مسلمًا وقت التحكيم ، ثم ارتد وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه ، كذا في «المغني» و«المحيط» .

م: (**ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وهذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول ، لأنه لو جعل من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ، ينقلب حكم المسألة ، فإن ذلك جائز ، وفي «المغني» يجوز تحكيم المكاتب ، والعبد المأذون كالحر ، وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين ، أما لو كان حكمًا فيما بين الذميين يجوز؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين م: (**لانعدام أهلية القضاء**) ش: أي في المذكورين م: (**اعتباراً بأهلية الشهادة**) ش: أي لأجل الاعتبار بأهلية الشهادة ، فإنهم غير أهل الشهادة والقضاء مبني عليها .

م: (**والفاسق**) ش: مبتدأ م: (**إذا حكم**) ش: على صيغة المجهول بتشديد الكاف م: (**يجب أن يجوز**) ش: خبر المبتدأ م: (**عندنا**) ش: خلافًا للشافعي - رحمه الله - م: (**كما مر في المولى**) ش: أي وفي القاضي الفاسق المولى في أول كتاب «أدب القاضي» ، يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسًا على الفاسق إذا ولي القضاء ، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء ، وكذا لا بحكم الفاسق .

وقد مر الكلام فيه مستوفى هناك م: (**ولكل واحد من المحكمين**) ش: بتشديد الكاف المكسورة وفتح الميم م: (**أن يرجع ما لم يحكم**) ش: أي المحكم م: (**عليهما**) ش: أي على المحكمين م: (**لأنه**) ش: أي لأن المحكم م: (**مقلد**) ش: بفتح اللام المشددة م: (**من جهتهما**) ش: أي من جهة المحكمين م: (**فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول، ومالك -رحمه الله - في رواية، وأحمد - رحمه الله - في وجه .

وإذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما ، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه . وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه . ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ،

م: (**وإذا حكم**) ش: أي المحكم م: (**لزمهما**) ش: أي لزم المحكمين ما حكم به م: (**لصدور حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**عن ولاية عليهما**) ش: ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك ، وأحمد عن الشافعي - رحمهم الله - : لا بد من تراضيهما بعد الحكم ، وهو اختيار المزني م: (**وإذا رفع حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه**) ش: أي في نقض القاضي حكم هذا المحكم م: (**ثم في إبرامه**) ش: أي في حكمه قطعًا م: (**على ذلك الوجه**) ش: أي الوجه الذي حكم به المحكم ، وفائدة إمضاء الحاكم المحكم أنه لو رفع أي حاكم يخالف مذهبه ، لم يتمكن من نقضه ولم يمضه لتمكن ، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه .

م: (**وإن خالفه أبطله**) ش: أي وإن خالف حكم المحكم من مذهب الحاكم الذي رفع إليه أبطل حكم المحكم م: (**لأن حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**لا يلزمه**) ش: أي لا يلزم الحاكم م: (**لعدم التحكيم منه**) ش: أي من المحكم بخلاف حكم الحاكم ، فإنه لا يبطله الثاني ، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده ، وعند مالك وابن أبي ليلى - رحمهم الله - : حكم المحكم في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله وإن خالف رأيه إلا أن يكون جوراً بينًا لم يختلف فيه أهل العلم .

م: (**ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص**) ش: هذا مذهب الخصاف - رحمه الله - فإنه قال: التحكيم لا يجوز في الحدود له والقصاص ، واختاره القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وكذلك اختاره المصنف - رحمه الله .

والمراد بالحدود : التي هي الواجب حقًا لله تعالى . وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات فيهما ، فقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» : من أصحابنا من قالوا : إنه يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى ؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى .

وأما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم ؛ لأن الاستيفاء إليهما . وفي «الذخيرة» ، يجوز التحكيم في القصاص ؛ لأنه من حقوق العباد . وعن أبي حنيفة -رحمه الله - لا يجوز . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز في غير الأموال وما في معناها ، وبه قال مالك - رحمه الله - حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو

لأنه لا ولاية لهما على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاهما . قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح، وغيرهما، وهو صحيح . إلا أنه لا يفتي به ، ويقال :يحتاج إلى حكم المولى دفعًا لتجاسر العوام فيه ،وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم . ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة ؛لأنه مخالف لرأيه

نسب أو ولاء؛ لأنها مبنية على الاحتياط ؛ فيتعين القاضي المولى كالحدود م: (**لأنه لا ولاية لهما على دمهما**) ش: هذا دليل القصاص ، ولم يذكر دليل الحدود أي ؛ لأن الشأن لا ولاية للمحكمين على دمهما م: (**ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما**) ش: ولو علل المصنف - رحمه الله - مثل ما علل ؛ لأن حكم المحكم ليس بحجة في غير المحكمين ، فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفي بالشبهات فكان أشمل .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ - رحمهم الله - من المتأخرين : م: (**وتخصيص**) ش: القدوري -رحمه الله - م: (**الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح وغيرهما**) ش: كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند أصحابنا ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى ، وقالوا : يحتاج إلى حكم المولى ، كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام ، كذا ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - «في أدب القاضي» .

وفي «الذخيرة » «وفتاوى العتابي» - رحمه الله -: يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة ، لكن لا يفتى كيلاً يتجاسر الناس .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان يقول : ظاهر المذهب أنه يجوز، إلا أن الإمام الأستاذ أبا على النسفي - رحمه الله - كان يقول : فكتم هذا الفصل ، ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا م: (**وهو صحيح**) ش: أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح ؛ لأنه هو الظاهر عن أصحابنا .

م: (**إلا أنه لا يفتى به ويقال**) ش: عند السؤال م: (**يحتاج إلى حكم المولى**) ش: أي القاضي المولى م: (**دفعًا**) ش: أي للدفع م: (**لتجاسر العوام فيه**) ش: وقد ذكرناه . م: (**وإن حكماه**) ش: أي فإن حكم المحكمان المحكم م: (**في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛ لأنه لا ولاية له**) ش: أي للمحكم م: (**عليهم**) ش: أي على العاقلة م: (**إذ لا تحكيم من جهتهم**) ش: وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين م: (**ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه**) ش: أي لأن حكم المحكم على القاتل م: (**مخالف لرأيه**) ش: أي لرأي القاضي

ومخالـف للنص أيضًا ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره ؛لأن العـاقلة لا تعقله ، ويجوز أن يسـمع البينة ويقضي بالنكـول ، وكذا بالإقرار ؛لأنه حكم مـوافق للشرع ، ولو أخبـر بإقرار أحد الخـصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ؛ لأن الولاية قائمة ، ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضـاء الولاية كقـول المولى بعد العـزل . وحكم الحاكم لأبويه وزوجتـه وولده باطل ،والمولى والمحكم فيه سـواء وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التـهمة . فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء ،

م: (**ومخـالـف للنص أيضًا**) ش: وهو حديث حمل بن مالك قوموا قدره ، كما سيأتي في كتاب المعاقل -إن شاء الله تعالى- م: (**إلا إذا ثبت القتل بإقراره**) ش: هذا استثناء من قوله «رده القاضي» أي رد القاضي قضاءه بالدية في ماله ، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل، فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل م: (**لأن العاقلة لا تعقله**) ش: أي لا تعقل الإقرار ولا الصلح ولا العمد .

م: (**ويجـوز أن يسـمع**) ش: أي المحكـم م: (**البينة ويقـضي بالنكول**) ش: هذا لفظ القـدوري -رحمه الله - ، وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وكذا بالإقرار لأنه**) ش: أي لأن كل واحـد من سماع البينة والقضاء بالنكول وبالإقرار م: (**حكم موافق للشرع**) ش: لأنه ليس الحكم إلا بواحد من هذه الأشياء .

م: (**ولو أخـبر**) ش: أي المحكـم م: (**بإقرار أحد الخـصمين**) ش: بأن قال لأحـدهما : اعـترفت عندي لهـذا بكذا م: (**أو بعـدالة الشهـود**) ش: مثل أن يقـول : قـامت عندي وقـد ألزمتك بـهذا أو حكمت به لهذا عليك ، فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء له يلتفت إلى قوله ، وقضى القاضي ونفذ ؛ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك .

م: (**وهما**) ش: أي والحال أن المحكمين م: (**على تحكيمهما يقبل قوله**) ش: أي قـول الحكم م: (**لأن الولاية قائمة**) ش: فيملك إنشاء الحكم ، ويملك الإخبار بهذه الأشياء م: (**ولو أخبر بالحكم**) ش: بأن يقـول : كنت حكمت عليك لهذا بكذا م: (**لا يقبل قـوله لانقضاء الولاية كقـول المولى بعد العزل**) ش: لأنه لما حكم صار معزولاً ، ولا يقبل قوله« إني حكمت بكذا »، كالقـاضي المولى إذا قال بعد عزله : حكمت بكذا ، لا يقبل قوله فكذا هذا .

م: (**وحكم الحاكم لأبويه وزوجتـه وولده باطل ، والمولى**) ش: أي القـاضي المولى م: (**والمحكم**) ش: أي الذي جعل حكمًا م: (**فيـه**) ش: أي في بطلان الحكـم م: (**سـواء ، وهذا**) ش: أي بطلان الحكم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا تقبل شهادته**) ش: أي شهادة المحكم م: (**لهؤلاء**) ش: أي للوالدين والولد والزوجة م: (**لمكان التهمة**) ش: وهو ظاهر م: (**فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء**) ش: إذا قضى عليهم .

ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ؛لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب .

م: (**ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما**) ش: حتى لو حكم أحدهما ولم يحكم الآخر لا يجوز م: (**لأنه**) ش: أي لأن التحكيم م: (**أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب**) ش: لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما ، لأنها بعد القيام كسائر الرعايا ، فلا تقبل شهادتهما على فعل ما سواه ، والله أعلم بالصواب .

وفي «المحيط » : ولو حكم حرًا وعبدًا محكمًا لم يجز ، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ، ولو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين الناس ، وهو ممن يجوز شهادته جاز ، ويصير كالقاضي ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام ولو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم ، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم .

ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة ، فحكم بعده فأجاز جاز ، وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ، ولو فوض ، وحكم الثاني بغير رضاهما ، فأجاز الأول لم يجز إلا أن يخيرا بعد الحكم . وقيل : ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا جاز بيع الثاني ولو حكما واحداً ، فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزًا عنده ، وإلا أبطله .

وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه . ولا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان، والله أعلم .

* * *

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال :وإذا كان علو لرجل وسفل آخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - معناه بغير رضا صاحب العلو ،

م: (**مسائل شتى**)

ش: أي هذه مسائل شتى م: (**من كتاب القضاء**) ش: أي مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء وأصل شتى من شت الأمر يشت شتاً إذا تفرق . يقال : أمر مشت أي متفرق . وجاءوا أشتاتاً ، أي متفرقين ، وقوم شتى ، وأشياء شتى . قال الله تعالى : ﴿ **إن سعيكم لشتى** ﴾ (الليل الآية : ٤) أي إن عملكم لمختلف ، وفي تفسير إن أعمالكم لمختلفة ، وقد جرت عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً للغاية ، ويترجموه بقولهم ، مسائل متفرقة أو بقولهم : مسائل شتى ، أو بقولهم مسائل منثورة . وقال الأترازي - رحمه الله - : وكان القياس على هذا أن يذكر صاحب «الهداية» مسائل هذا الفصل في آخر كتاب «أدب القاضي» ، انتهى .

قلت : الذي ذكره صاحب «الهداية» ها هنا ، هو القياس ؛ لأن كل شيء قيل : مسائل شتى من الأبواب والفصول من كتاب «أدب القاضي» ومتعلقاته ، فافهم .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً**) ش: أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء والكسرة ، والوتد بفتح الواو وكسر التاء . وقال الجوهري : الوتد بالكسر واحد الأوتاد وبالفتح لغة ، وكذلك الود في لغة من يدغم ، تقول : وتد الوتد ثم وتداً ، وإذا أمرت . قلت : تد وتدك بالميتدة ، وهي المدق ، انتهى .

قلت : الوتد في لغة البلدتين ، الخازوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء أو يربط به شيء م: (**ولا ينقب فيه كوة**) ش: قاله الأترازي : الكوة بفتح الكاف كذا في« الديوان» هي الروزن . وفي «المغرب» : الكوة نقب البيت والجمع كوى . وقد يضم الكاف في الفرد والجمع - ويستدار مفتاح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال : كوى النهر . وقال الجوهري : الكوة نقب البيت والجمع كوا بالمد ، وكوى أيضاً مقصور . والكوة بالضم لغة ويجمع على كوى .

قلت : الكوة : بخش في الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شيء م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكرها من عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة م: (**عند أبي حنيفة رحمه الله**) ش: وكذا لا يفتح باباً ولا يدخل جذعاً فيه ، ولا يهدم سفله ، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث في بنائه إلا أن يضع عليه جذعاً ، ولا كنيفاً لم يكن م: (**معناه بغير رضا صاحب العلو**) ش: أي معنى قول محمد -

وقالا: يصنع ما لا يضر بالعلو ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه ، قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة -رحمه الله - فلا خلاف فيه . وقيل الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع ،والأصل عنده الحظر ؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه ، فيمنع عنه .

رحمه الله – في «الجامع» : ليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدًا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة – رحمه الله – (**بغير رضا صاحب العلو**) ش: حاصله كما يجيء الآن أن أبا حنيفة -رحمه الله - إنما أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر .

قيل : بل عند أبي حنيفة – رحمه الله – الحظر أصل والإطلاق يعارض لعدم الضرر ، ولا خلاف فيما لم يضر لصاحبه ، فإن له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وإنما الخلاف في حالة الإشكال أنه يضر به أم لا فعند أبي حنيفة – رحمه الله - : ليس له ذلك إلا يرضي صاحبه (**وقالا:**) أي قال أبو يوسف – رحمه الله – : م: (**يصنع ما لا يضر بالعلو**) ش: لأن التصرف حصل في ملكه م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه – رحمهم الله – م: (**إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه**) ش: بيتًا أو يضع عليه جزوعًا ونحو ذلك م: (**قيل ما حكي عنهما**) ش: أي عن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**تفسير لقول أبي حنيفة – رحمه الله – فلا خلاف فيه**) ش: قال بعض المشايخ -رحمهم الله- في« شرح الجامع الصغير» : أن أبا حنيفة – رحمه الله – أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر ، فيكون فصلاً مجمعًا عليه ، لأن التصرف حصل في ملكه .

م: (**وقيل** :) ش: بل بينهم خلاف لأن م: (**الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر**) ش: أي إطلاق التصرف م: (**فإذا أشكل**) ش: ولم يعلم أنه يضره أم لا م: (**لم يجز المنع**) ش: لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملكه م: (**والأصل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة – رحمه الله – م: (**الحظر**) ش: أي المنع م: (**لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير**) ش: وتعلق حق الغير بملكه بين تصرفه فصار هذا م: (**كحق المرتهن والمستأجر**) ش: في منع المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر .

م: (**والإطلاق**) ش: أي إطلاق التصرف م: (**بعارض**) ش: عدم الضررم: (**فإذا أشكل**) ش: بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا م: (**لا يزول المنع على أنه**) ش: أي مع أن التصرف فيه م: (**لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء ونقضه ، فيمنع عنه**) ش: ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف . فكذا بعضه .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وقول أبي حنيفة - رحمه الله - قياس .

وقال قاضي خان - رحمه الله - : لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً أو ما أشبه ، ويتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما الحكم معلول لعلة الضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله .

والأصل فيه قوله عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار في الإسلام** »[1] ، وفي الأقضية لو انهدم السفل لا يجبر صاحب السفل على البناء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الجديد ، ومالك - رحمه الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في رواية .

وقالوا في رواية أخرى : يجبر ويخير صاحب العلو ، فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبني علوه ويمنع صاحب السفل عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفل .

والصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة ، فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ، لا يرجع على صاحبه بشيء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح ، لأنه هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه ، لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد ومالك - رحمهما الله - في رواية .

ولو كان البيت صغيراً فانهدم ، ولا يمكن قسمة الساحة ، لا يكون متبرعًا في البناء ، وهكذا تقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه ، ولو انهدم كله فإن أمكن إلينا بعد القسمة يكون في البناء متطوعًا ، وإلا لا ، كذا ذكره التمرتاشي - رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا كانت زائغة**) ش: أي سكة . قال الكاكي - رحمه الله - : وقال تاج شريعة - رحمه الله - : قوله« زائغة» أي سكة غير نافذة وفي حجة الشرع الزائغة كوجه ، سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم .

وقال الأترازي : الزائغة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف ، من زاغت الشمس إذا مالت . وفي «تهذيب ديوان الأدب » : الزائغة الطريق الذي جاز عن الطريق الأعظم م: (**مستطيلة**) ش: أي طويلة من استطال يعني طال م: (**تتشعب عنها زائغة مستطيلة وهي نافذة**) ش: أي الزائغة

---

(١) صحيح : روي عن جماعة من الصحابة منهم عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي صرمة وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن مالك وعائشة وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم . راجع نصب الراية (٤/ ٣٨٤) ، وصحيح ابن ماجة للعلامة الألباني (٢/ ٣٨) .

فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى ؛ لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصًا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة ؛لأن المرور فيها حق العامة ، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب . وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً، لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها .

المنشعبة غير نافذة ، وكذلك الزائغة الأولى أيضًا غير نافذة .

كذا ذكره التمرتاشي والفقيه أبو الليث - رحمه الله - حيث قالا : سكة طويلة غير نافذة ، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الأولى بكونها غير نافذة، وتعليل الكتاب يقتضي ذلك .

وصورتها هكذا

باب	دار مستطيلة

م: (**فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى**) ش: أي السفلى م: (**لأن فتحه للمرور لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصًا**) ش: أي خاصته م: (**حتى لا يكون لأهل الأولى**) ش: أي السكة الأولى م: (**فيما بيع فيها**) ش: أي في السكة القصوى م: (**حق الشفعة**) ش: لأن السكة لهم خاصة م: (**بخلاف النافذة ؛ لأن المرور فيها حق العامة**) ش: وليست للسكان فيها خاصة م: (**قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه**) ش: أي لأن الفتح م: (**رفع بعض جداره**) ش: ولأن يرفع جميع جداره بالهدم ، فرفع بعضه أولى ، ولهذا لو فتح كوة أو بابًا للاستضاءة دون المرور لم يمنع . م: (**والأصح أن المنع من الفتح ، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولأنه**) ش: إذا فعل ذلك م: (**عساه**) ش: أي لعله م: (**يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب**) ش: ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (**وإن كانت**) ش: أي الزائغةالقصوى م: (**مستديرة قد لزق طرفاها**) ش: يعني سكة اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة ، والسكة غير نافذة م: (**فلهم أن يفتحوا بابًا**) ش: أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه م: (**لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها**) ش: بهذه

قال: ومن ادعى في دار دعوى، وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها، فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى. والمدعي وإن كان مجهولاً، فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا؛ لأنه جهالة في الساقط فلا تقضي إلى المنازعة على ما عرف. قال: ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة، فاشتريتها منه، وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض، إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها،

الصورة:

باب

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (**ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز**) ش: قيل: أراد به إذا كان المدعي به مقدراً معلومًا، كالثلث، ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة، لأن الصلح إذا كانت الدعوى صحيحة، أما إذا كانت فاسدة أي هذه المسألة م: (**وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها في الصلح -إن شاء الله تعالى-**) ش: والصلح على[. . .] جائز عندنا خلافًا للشافعي - رحمه الله - هذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئًا لا يصح دعواه، أجاب المصنف بقوله: م: (**والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا**) ش: ثم علله بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن المجهول م: (**جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة**) ش: والأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به، لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه م: (**على ما عرف**) ش: في كتاب الصلح.

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير»: م: (**ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا**) ش: يعني أنه سلمها إليه في وقت م: (**فسئل البينة**) ش: على دعواه م: (**فقال:**) ش:أي المدعي: م: (**جحدني الهبة**) ش: ولم يكن لي بينة في حق الهبة م: (**فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض**) ش: والتناقض يمنع صحة الدعوى م: (**إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به**) ش: أي بالشراء م: (**قبلها**) ش: أي قبل الهبة، أي قبل عقدها.

ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق .ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ،لم تقبل أيضًا ،ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضًا، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة ؛لأنه تقرير ملكه عندها . ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ؛لأن المشتري لما جحده كان فسخًا من جهته إذ الفسخ يثبت به

م: (**ولو شهدوا به**) ش: أي بالشراء م: (**بعدها**) ش: أي بعد الهبة م: (**تقبل لوضوح التوفيق**) ش: وهذا لأنه يمكنه أن يقول: وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ أسبوع ، فلا تناقض ، وفي الوجه الأول: التوفيق غير ممكن ، فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ، ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ سنة . وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق، وأما إذا أمكن فلا .

م: (**ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها**) ش: أي قبل الهبة م: (**ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ، لم تقبل أيضًا ذكره في بعض النسخ**) ش: أي بعض نسخ «الجامع الصغير» ، ثم ذكر المصنف - رحمه الله - وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله: م: (**لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب**) ش: في ذلك الوقت م: (**ودعوى الشراء**) ش: قبل الهبة م: (**رجوع عنه**) ش: أي من الإقرار للواهب م: (**فعد مناقضًا**) ش: فلا يقبل بينته م: (**بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة**) ش: حيث تقبل بينته م: (**لأنه تقرير ملكه**) ش: أي ملك الواهب م: (**عندها**) ش: أي عند الهبة ، فإن قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضًا ، لأنه ادعى شراء باطلاً ، لأنه ادعى شراء يملكه بالهبة ، أجيب بأنه لا جحد الهبة ، فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه ، فإذا قدم على الشراء منه ، فقد رضي بذلك الفسخ فيهما بينهما فإذا انفسخت الهبة بتراضيهما ، واشترى ما لا يملكه فكان صحيحًا .

م: (**ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر**) ش: أي الآخر المخاطب م: (**إن أجمع البائع**) ش: أي إن قصد وعزم بقلبه ، وقيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب م: (**على ترك الخصومة وسعه**) ش: أي حل له أي للبائع م: (**أن يطأها**) ش: أي الجارية وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه، وأحمد - رحمه الله - في رواية، وقال زفر - رحمه الله -: لا يحل .

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه لأنه لما باعها فيه على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا م: (**لأن المشتري لما جحده**) ش: أي البيع م: (**كان فسخًا من جهته ، إذ الفسخ يثبت به**)

كما إذا تجاحدا ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ وبمجرد العزم ، وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل اقترن الفعل ، وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه . قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ، ثم ادعى أنها زيوف صدق . وفي بعض النسخ: اقتضى،

ش: أي بالجحود م: (**كما إذا تجاحدا**) ش: البيع لأن الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة ، وبلفظ الرد وبجحودهما ، بأن تجاحد البائع لأن الفسخ رفع العقد من الأصل ، والجحود إنكار من الأصل فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر .

م: (**فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ**) ش: بينهما ، ألا ترى إلى ما قالوا في «شرح الجامع الصغير» : إذا قال لآخر : أجرتك هذه الدار بكذا أو بعتك هذا الثوب بكذا، فأخذ الدار أو الثوب وذهب به ، كأن ذلك قبولاً منه ، كذا هذا ، فإن قيل : لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح ، وحرمت على الخصومة أن تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره ، إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم ، فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع م: (**وبمجرد العزم**) ش: هذا جواب عما يقال : الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد ، لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب المصنف-رحمه الله - بقوله م: (**وبمجرد العزم**) ش: أي بمجرد عزم الرجل .

م: (**وإن كان لا يثبت الفسخ ، فقد اقترن بالفعل**) ش: أي فقد اقترن العزم بالفعل م: (**وهو إمساك الجارية ونقلها**) ش: أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته م: (**وما يضاهيه**) ش: أي وما يشابه ذلك من الأفعال كالكتابة والعرض على البيع والاستخدام لأن إمساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر : أجرتك هذه الدابة يومًا بكذا لتركبها إلى مكان كذا، فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة ، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الشأن م: (**لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري**) ش: بجحود العقد م: (**فات رضا البائع**) ش: وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع م: (**فيستبد بفسخه**) ش: فيستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسخًا ، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتبًا على الفسخ من الجانبين ، وجعل جحوده فسخًا من جانبه . والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع ، وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده .

م: (**قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم**) ش: أي بسبب من الأسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة م: (**ثم ادعى أنها زيوف صدق**) ش: أي القول قوله مع يمينه م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخس الجامع الصغير» م: (**اقتضى**) ش: أي لفظ اقتضى

وهو عبارة عن القبض أيضًا ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق ؛ لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحًا أو دلالة فلا يصدق .

موضع قبض م: (**وهو**) ش: أي لفظ اقتضى م: (**عبارة عن القبض أيضًا**) ش: ولكن لفظ محمد رحمه الله في أصل «الجامع الصغير» اقتضى .

وفي «المبسوط» أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة ، ثم قال: وجدتها زيوفًا ، فالقول قوله وصل أم فصل ، وقوله في الكتاب : « ثم ادعى أنها زيوف صدق» محمول على هذا أي وصل أم فصل، وبه صرح المحبوبي - رحمه الله - في «جامعه» فقال: هو مصدق وصل أم فصل.

وفي «المبسوط» : في باب الإقرار بالدين : لو قال: لفلان علي ألف من ثمن مبيع ، إلا أنها زيوف أو مبهرجة لم يصدق - رحمه الله - في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما يصدق إن وصل ، ولا يصدق إن فصل . ولو أقر بالمال غصبًا أم وديعة ، وقال: هي نبهرجة أو زيوف صدق فصل أو وصل، ولو قال علي ألف من غير ذكر التجارة والغصب ، فقال بعض مشايخنا - رحمه الله - فهو على الخلاف المذكور . وقيل: يصدق هاهنا إذا وصل بالاتفاق، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إذا فصل لا يقبل في جميع الصور.

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه ما ذكر من تصديقه م: (**أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا**) ش: أي ولكونها من جنس الدراهم م: (**لو تجوز بها في الصرف، والسلم جاز**) ش: إذ لو لم تكن من جنسها ، كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز ، وقد تقدم م: (**والقبض لا يختص بالجياد**) ش: هذا جواب عما يقال ، الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق ، وهو الجياد حملاً لجهالته على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ، ولو أقر بقبض حقه ، ثم ادعى أنه زيوف ، لم يسمع منه ، فكذا هذا ، فأجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد ، للملازمة والزيوف له حق قبضه ، لأنه دون حقه ، والممنوع من القبض ما يزيد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصًا بالجياد، فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد ، فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضًا بل هو ينكر قبض حقه م: (**فيصدق لأنه أنكر قبض حقه**) ش: لأن القول قول المنكر مع يمينه .

م: (**بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه**) ش: أي وأقر أنه قبض حقه م: (**أو الثمن**) ش: أي أو أقر أنه قبض م: (**أو استوفى**) ش: أي أقر أنه استوفى حيث لا يصدق م: (**لإقراره بقبض الجياد صريحًا**) ش: في قوله أنه قبض الجياد م: (**أو دلالة**) ش: في الثلاثة البقية م: (**فلا يصدق**) ش: لأنه

والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق ؛ لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيف ما زيفه بيت المال . والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة ما يغلب عليها الغش. قال : ومن قال لآخر: لك عليّ

متناقض . أما في الأول فظاهر وكذا في غيره ، لأن حقه في الجياد ، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا أقر بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا . وقال السغناقي - رحمه الله - في « النهاية» : جمع المصنف -رحمه الله- بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق ، وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ، ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً ، وفيما بقي يصدق موصولاً ، ولا يصدق مفصولاً ، ثم أطال الكلام فيه .

م: (**والنبهرجة كالزيوف**) ش: أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهمًا ، ثم ادعى أنها نبهرجة يصدق ، كما إذا قال : إنها زيوفًا م: (**وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم**) ش: قال الكاكي - رحمه الله - : ليس هذا الحكم على إطلاقه ، فإنه ذكر في «المبسوط» في الإقرار : ولو أقر قبض خمسمائة مما له على الديون ، ثم قال بعد أن سكت : هي رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة ، وإن كان موصولاً فالقول قوله ، لأن الرصاص من الدراهم صورة ، وإن لم يكن منها معنى ، فكان بيانًا مغير الظاهر كلامه إلي ما هو محتمل ، فيصح موصولاً ، وكذلك في الستوقة ، لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم ، والحكم في الرصاص هكذا فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى م: (**حتى لو تجوز به فيما ذكرنا**) ش: أي في الصرف والسلم م: (**لا يجوز**) ش: لأنه ليس من جنس الدراهم . ثم بين الزيوف والنبهرجة والستوقة ما هي بقوله : م: (**والزيف ما زيفه بيت المال**) ش: أي رده ، وفي المغرب زافت عليه دراهمه ، أي صارت مردودة عليه لغش فيها م: (**والنبهرجة ما يرده التجار**) ش: وقال الكاكي - رحمه الله - : «النبهرج» : الدراهم التي فضتها رديئة ، وقيل : التي فيها الغلبة للفضة ، وقد استعير لكل باطل ومنه يهرج دمه إذا بطل . م: (**والستوقة ما يغلب عليها الغش**) ش: وهو بالفتح أردأ من النبهرجة .

وفي «النوازل» : قال أبو نصر - رحمه الله - : الزيوف هي الدراهم المغشوشة ، والنبهرجة هي التي تضرب من غير دار السلطان ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول : الزيوف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يهرجه التجار ، و«الستوقة» فارسية معربة ، وهي تعريب سدبر . وفي «المبسوط» : الستوقة كالفلوس ، فإنه صفر مموه من الجانبين ، وقيل : معرب سرطاقة أي الطاقة الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن قال لآخر : لك علي**

ألف درهم فـقـال: ليس لي عليك شيء ثم قـال في مكانه: بل لي عـليك ألف درهم فليس عليـه شيء ، لأن إقراره هو الأول وقـد ارتد برد المقر له . والثـاني دعوى فـلا بد من الحجـة أو تصديق خصمـه ، بخلاف ما إذا قال لغـيره: اشتريت وأنكر الآخـر له أن يصدقه ، لأن أحد المتـعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتـفرد بالعقد ،والمعنى أنه حقهما ، فبقي العقد فـعمل التصديق . أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافترقا. قال: ومن ادعى على آخر مالاً ، فقال :ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الإبراء ،

ألف درهم فقال) ش: أي المقر له م: (ليس لي عليك شيء ، ثم قال في مكانه : بل لي عليك ألف درهم فليس عليه) ش: أي على المقر م: (شيء لأن إقراره) ش: المعتبر م: (هو الأول وقد ارتد بـرد المقر له. والثاني) ش: وهو قوله : بل لي عليك ألف درهم م: (دعوى فلا بد من الحجة) ش: أي البينة م: (أو تصديق خصمه) ش: حتى لو صدقه المقر ثانيًا ، لزمه المال استحسانًا م: (بخلاف ما إذا قـال لغيره: اشتريت) ش: مني هذا العبد م: (وأنكر الآخـر) ش: يعني أقر بالشراء منه وأنكر المقر له م: (له أن يصدقه) ش: بعد ذلك لأن إقراره ، وإن كان مما يحتمل الإبطال ، لكن المقر لم يستقل بإثباته ، فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ ، وهو معنى قوله م: (لأن أحد المتعاقدين لا يتفـرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد) ش: يعني أن المقر له لا ينفرد بالرد كما أن المقر لا ينفرد بإثباته .

م: (والمعنـى أنه) ش: أي أن الفسخ م: (حقهـما ، فبقي العـقد فعمل التـصديق) ش: بخلاف الأول فإن أحدهما ينفرد بالإثبات ، فينفرد الآخر بالرد وإليه أشار بقوله م: (أما المقر له يـتفرد برد الإقرار فافترقا) ش: أي الحكمان المذكوران .

وقال الأكمل -رحمه الله- : قلت : إن عزم المقر على ترك الخصومة ، وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فإن الفسخ قد تم ، ولهذا ، لو كانت جارية حل وطأها كما تقدم ، ويجوز أن يقال : إن قوله «ثم قال في مكانه» إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كان دليل الفتح ، وبه سقط .

قال في «الكافي» : ذكر في «الهداية» أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ ، وذكر قبله ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري ، فات رضا البائع ، فيستبد بفسخه ، والتوفيق بين كلامه صعب ، وذلك أنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وهاهنا قال: لما أقر المشتري في مكانه بالشراء ، لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن ادعى على آخـر مالاً فقـال: ما كـان لك علي شيء قط ، فأقـام المدعي البينة على ألف ، وأقـام هو البينة علـى ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته ، وكذلك على الإبراء) ش: يعني لما تقبل البينة على القضاء ، فقيل أيضًا

وقال زفر - رحمه الله -: لا تقبل ؛لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضًا. ولنا أن التوفيق ممكن ؛لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعًا للخصومة والشغب ، ألا ترى أنه يقال قضى بباطل، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي ، وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط ، لأن التوفيق أظهر . ولو قال: ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء ، وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري -رحمه الله - أنه تقبل أيضًا ؛ لأن المحتجب

على الإبراء . م: (**وقال زفر - رحمه الله -: لا تقبل**) ش: وبه قال ابن أبي ليلى - رحمه الله - م: (**لأن القضاء يتلو الوجوب**) ش: لأنه تسليم مثل الواجب م: (**وقد أنكره فيكون مناقضًا**) ش: في دعواه ، وقبول النية تقتضي دعوى صحيحة م: (**ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعًا للخصومة والشغب**) .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه يقال قضى بباطل**) ش: كما يقال قضى بحق م: (**وقد يصالح على شيء**) ش: بالإنكار م: (**فيثبت ثم يقضي**) ش: أي يؤدي ، والقضاء يجيء بمعنى الأداء . قال الله تعالى : ﴿ **فإذا قضيت الصلاة** ﴾ (الجمعة : الآية ١٠) فإذا أديت م: (**وكذا إذا قال**) ش: أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه : م: (**ليس لك على شيء قط ؛لأن التوفيق أظهر**) ش: لأن يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيتك حقك ، أو لأنك أبرأتني، ألا ترى أنه لو صرح به يصح ، وهذا لأن ليس لنفي الحال . فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً ما لو دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه .

واستدلال الخصاف - رحمه الله - لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص ، والرق فقال : ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد ، فلم تثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية ، فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت إليه قبلت .

م: (**ولو قال: ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء**) ش: أي وكذا لا تقبل بينته على الإبراء م: (**لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة**) ش: فتعذر التوفيق فبطلت البينة .

م: (**وذكر القدوري - رحمه الله -**) ش: أي عن أصحابنا - رحمهم الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن بينته على تأويل البرهان م: (**تقبل أيضًا**) ش: على القضاء م: (**لأن المحتجب**) ش: أي الرجل المحتجب، وهو الذي لا يراه كل أحد لعظمته . وقال تاج الشريعة : المحتجب الذي لا يتولى

أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه ، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق . قال: ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال: لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البينة على الشراء ، فوجد بها أصبعًا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع . وعن أبي يوسف- رحمه الله - أنه تقبل اعتبارًا بما ذكرنا . ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضًا بخلاف الدين ، لأنه قد يقضي وإن كان باطلاً على ما مر . قال : ذكر حق

الأمور بنفسه م: (**أو المخدرة**) ش: أي المرأة المخدرة وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم م: (**قد يؤدي بالشغب على بابه**) ش: الشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين ، وقال الجوهري: الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب م: (**فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق**) ش: من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة . وقال فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» : فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه ، لا تقبل بينته؛ لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه ، وقيل: تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل اتفاق الروايات ، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال: لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البينة**) ش: أي أقام المدعي البينة م: (**على الشراء**) ش: منه م: (**فوجد**) ش: أي المشتري م: (**بها**) ش: أي الجارية م: (**أصبعًا زائدة**) ش: خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر ، لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة م: (**فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع**) ش: لأن التوفيق بين الكلامين متعذر .

م: (**وعن أبي يوسف** - رحمه الله -: **أنه**) ش: أي بينة البائع م: (**تقبل اعتبارًا بما ذكرنا**) ش: أراد به ما ذكره في مسألة البائع وكيلاً من المالك في البيع ، فكان المالك في قوله ما بعتها صادقًا ، ثم المالك في دعواه السواء من كل عيب ، لا يكون مناقضًا م: (**ووجه الظاهر**) ش:أي ظاهر الرواية م: (**أن شرط البراءة**) ش: عن العيب م: (**تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع**) ش: لأن الصفة بدون الموصوف غير مقصودة م: (**وقد أنكره**) ش:أي والحال أن البائع قد أنكر م: (**فكان مناقضًا**) ش: لأن دعوى البراءة تقضي سابقة العقد فلا تسمع بينته م: (**بخلاف الدين**) ش: فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن ، بأن يقول: ما كان لك علي شيء قط ، غير أني دفعت المال قطعًا للخصومة والملامة ، فلما جحدتني أثبته ، كذا ذكره المحبوبي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الدين م: (**قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر**) ش: عند قوله لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-: م: (**ذكر حق**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله -

كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص ، وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار ، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ؛لأن الذكر للاستيثاق ،وكذا الأصل في الكلام الاستبداد ، وله أن الكل كشيء واحد

أي كتاب إقرار بدين ، وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله ذكر حق أي صك يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم م: (**كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي فيه إن شاء الله تعالى، أو كتب في شراء**) ش: يعني كتب ذكر إقرار في شراء ، يعني في صك الشراء ، ثم كتب في آخره وما أدرك فلانًا من الدرك م: (**فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله**) ش: يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ، ويفسد الشراء ، وصورتها في «الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - : في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى ، أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلانًا من درك ، فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى ، قال: إن شاء الله يبطل الدين ، ويفسد الشراء وهذا معنى قوله م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: يعني بطلان الصك كله .

م: (**وقالا**) ش: أي أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**إن شاء الله تعالى هو على الخلاص**) ش: يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه م: (**وعلى من قام بذكر الحق**) ش: والشراء صحيح والمال المقر به لازم م: (**وقولهما**) ش: أي وقول أبي يوسف - رحمه الله - م: (**استحسان ذكره**) ش:، أي ذكره محمد - رحمه الله - م: (**في الإقرار**) ش: من« المبسوط» م: (**لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه**)

ش: أي لأن الصك يشتمل على إنشاء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف إلى الذي يليه م: (**لأن الذكر**) ش: أي الصك يكتب م: (**للاستيثاق**) ش: والتأكيد لا للإبطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه م: (**وكذا الأصل في الكلام الاستبداد**) ش: أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبًا ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه .

والجواب : أن الذكر للاستيثاق مطلقًا ، وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني مسلم ، والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبداد إذ لم يوجد ما يدل على خلافه ، وقد وجد ذلك وهو العطف .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة- رحمه الله -م: (**أن الكل**) ش: فيما نحن فيه م: (**كشيء واحد**

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطـوفة ، مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله تعـالى إن شاء الله تعالى ، ولو ترك فـرجة قالوا : لا يـلتحق به ويـصير كفاصل السكوت ،والله أعلم بالصواب .

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة) ش: بعضها على بعض م: **(مثل قوله عبده حر وامـرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيـت الله تعالى إن شاء اللـه تعالى)** ش: فإنه ينصرف إلى الجميع ولا يلزمه شيء م: **(ولو ترك فرجة)** ش: أي موضع بياض قبل قوله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى .

م: **(قالوا)** ش: المشايخ – رحمهم الله –: م: **(لا يلتحق)** ش: أي قوله : « إن شاء الله» حينئذ م: **(به)** ش: أي بجميع الصك ، بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق م: **(ويصير كفاصل السكوت)** ش: أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق ، فإن قيل : ينبغي أن لا يكتب قوله ومن قام الآخر أنه توكيل ، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه ، لأنه توكيل لمجهول ، والمجهول لا يصلح وكيلاً ، قلنا : الغرض من كتابته إثبات رضا المعز بتوكيل من يوكله المقولة بالخصومة معه على قول أبي حنيفة – رحمه الله – ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بصائر ، لأنه في الإسقاط ، والإسقاطات تصح مع الجهالة ، كما في الصلح على الإنكار .

وقيل : هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى – رحمه الله – لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبو حنيفة – رحمه الله – : فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت ، فوجوده كعدمه ، قلت ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقًا ، والله أعلم .

***

فصل في القضاء بالمواريث

قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت : أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر - رحمه الله -: القول قولها؛ لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال ، كما في جريان ماء الطاحونة ،وهذا ظاهر ، نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق، ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت: أسلمت قبل موته ،وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضًا ولا يحكم الحال ، لأن تحكيمه يؤدي إلى

فصل في القضاء بالمواريث

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث ، وهو جمع ميراث ، أصله متوارث ، قلبت الواو ياء لسكونها ، وإنكار ما قبلها وهو اسم مثل الإرث ولما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخرًا م: (**قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة : أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وقال زفر - رحمه الله - القول قولها**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - (**لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات**) ش: فيجعل موجودًا بعد الموت لا قبله .

م: (**ولنا أن سبب الحرمان**) ش: أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها النصراني م: (**ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال**) ش: أي باستصحاب الحال وتحكيم المال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق

م: (**كما في جريان ماء الطاحونة**) ش: فإن ربها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه بحكم الحال ، فإن كان جاريًا في الحال ، كان القول قول رب الطاحونة ، وإن لم يكن جاريًا كان القول قول المستأجر م: (**وهذا**) ش: أي تحكيم الحال م: (**ظاهر**) ش: نحن م: (**نعتبره للدفع**) ش: أي لدفع استحقاقها الميراث م: (**وما ذكره**) ش: أي : زفر - رحمه الله - م: (**يعتبره للاستحقاق**) ش: وفي بعض النسخ : وما ذكره أي زفر - رحمه الله -، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق .

م: (**ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة :لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضًا**) ش: أي للورثة م: (**ولا يحكم الحال**) ش: أي لا يقال إنها مسلمة في الحال فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال م: (**لأن تحكيمه يؤدي إلى**

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون، ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضًا ، قال : ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة ،فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه يدفع المال إليه ، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه) ش: أي إلى الاستحقاق وهو لا يصلح لذلك ، وبه يتم الدليل وقوله م: (**أما الورثة ، فهم الدافعون**) ش: إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب ، أما في الأولى ، فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت لما تبعه فيما مضى، ثم جاءت مسلمة ، فادعت إسلامًا حادثًا ، فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال الأصل فيه أن يكون موجودًا فيما مضى ، وهو من النوع الثاني .

فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها ، كان استصحاب الحال مثبتًا ، وهو باطل ، فاعتبرنا الثاني ليكون دافعًا ، فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت ، وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتًا قبل موته . فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتًا ، وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول ليكون دافعًا ، والورثة هم الدافعون فيتقيد بهم الاستبدال به وقوله : م: (**ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضًا**) ش: دليل آخر وهو أن الإسلام حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات .

فإن قيل : إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة، كان ظاهر في المسألة الأولى معارضًا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجع . والأصل عدمه ،فالجواب: أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات .

وزفر - رحمه الله - يعتبره للإثبات . وقال الأكمل - رحمه الله - : ونوقض بنقض إجمالي، وهو أن ما ذكرتم على الاستصحاب لا يصلح للإثبات ، ولو كان صحيحًا بجميع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر ، إذا كان ماء الطاحونة جاريًا عند الاختلاف ، لأنه استدلال به لإثبات الأجر .

والجواب : أنه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب بسقوط الأجر ، فإنه بالعقد السابق الموجب له ، فيكون دافعًا لا موجبًا . إلى هنا كلامه ، ثم قال: واعتبر هذا واستغنى عما في «النهاية » .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» : م: (**ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع**) ش: أي الذي عنده الوديعة م: (**هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه**) ش: أي فإن المستودع م: (**يدفع المال إليه**) ش: أي إلى ابن الميت م: (**لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة**) ش: أي من حيث الخلافة عن الميت . م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا أقر**)

أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض ، أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛ لأنه أقر بقيام حق المودع ، إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته ، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال المودع لآخر : هذا ابنه أيضًا ، وقال الأول: ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنًا انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول ابنًا معروفًا ، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح ، وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح .

ش: أي المستودع م: **(أنه حق المورث)** ش: بكسر الراء م: **(وهو حي)** ش: أي والحال أنه حي م: **(أصالة)** ش: أي من حيث الأصالة م: **(بخلاف ما إذا أقر)** ش: أي المستودع م: **(لرجل أنه وكيل المودع)** ش: بكسر الدال م: **(بالقبض أو أنه اشتراه منه)**

ش: أي أقر أن الرجل المقر له عين الوديعة من المودع م: **(حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛لأنه أقر بقيام حق المودع)** ش: بكسر الدال م: **(إذ هو حي)** ش: أي والحال أنه حي م: **(فيكون)** ش: إقراره م: **(إقراراً على مال الغير)** ش: فلا يصح لأن إقراره حجة قاصرة عليه ، فلا يصح في حق الغير م: **(ولا كذلك)** ش: أي وليس الحكم كما ذكره م: **(بعد موته)** ش: أي بعد موت المودع .

م: **(بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض)** ش: يعني إذا أقر المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين يقبض الدين حيث يؤمر بالدفع م: **(لأن الديون تقضى بامثالها)** ش: لا بأعيانها م: **(فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه)** ش: ومن أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدته . م: **(ولو قال المودع)** ش: بفتح الدال م: **(لآخر)** ش: أي لشخص آخر : م: **(هذا ابنه أيضًا وقال الأول)** ش: أي الابن الأول : م: **(ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول ، لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنًا)** ش: أي الابن الأول ليس له ابن غيري يقضي بالمال للأول ؛ لأنه لما صح إقراره للأول م: **(انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول)** ش: أي الابن الأول م: **(ابنا معروفًا)** ش: لأنه لا مزاحم له م: **(ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له)** ش: يعني لم يكذب به أحد م: **(فصح)** ش: أي إقراره م: **(وحين أقر للثاني)** ش: أي للابن الثاني م: **(له مكذب)** ش: وهو الابن الأول م: **(فلم يصح)** ش: واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره ، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول . وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي ، وأما إن كان الدفع بقضاء ، كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعًا ، فلا يلزمه الإقرار .

قال : وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة ، وهو ظلم وهذا وعند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا : يأخذ الكفيل ، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل**) ش: أي من الغرماء م: (**ولا من وارث**) ش: أي ولا يؤخذ أيضًا كفيل من وارث م: (**وهذا شيء**) ش: أي أخذ الكفيل الشيء م: (**احتاط به بعض القضاة**) ش: وكان ابن أبي ليلى- رحمه الله - يفعل كذلك بالكوفة في قضائه م: (**وهو ظلم**) ش: هذا دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب ، ونص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة -رحمه الله- وأصحابه براء عن مذهب أهل الاعتزال ، حيث قالوا كل مجتهد مصيب م: (**وهذا**) ش: أي عدم أخذ الكفيل من الغرماء والوارثم: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) .

م: (**وقالا: يأخذ الكفيل**) ش: أي لا يدفع المال إليهم حتى يأخذ الكفيل ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله - ، وقال في قول آخر : لا يجب أخذ الكفيل ؛ بل يستحب . وقيل: إن كان الوارث ممن يحجب وجب ، وإلا فلا ، وقيل: إن كان الوارث مأمونًا لا يجب ، وإن كان غير مأمون يجب ، وقال الكاكي -رحمه الله- : وهذا الدفع إلى الوارث ، إنما يصح إذا كان وارثًا لا يحجب بغيره ، وإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال إليه .

وإن كان وارثًا يختلف نصيبه ولا يحجب ، ويدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وعند محمد - رحمه الله - : أوفر النصيبين ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - مضطرب ، ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» .

م: (**والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود :لا نعلم له وارثًا غيره**) ش: قيد بقوله ولم يقل الشهود . . إلى آخره ، لأنهم إذا قالوا ذلك ، يدفع إليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق ، وعند ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود : لا وارث له سواه ، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضًا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وقال في وجه : يجب أخذ الكفيل في جميع الصور .

وإذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ، ولم يقولوا في شهادتهم: لا نعلم له وارثًا غيره ، فإن القاضي يتلوم زمانًا على قدر ما يرى ، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان

لهما أن القاضي ناظر للغيب . والظاهر أن في التركـة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛لأن الموت قد يقع بغتة فـيحتاط بالكفـالة ، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صـاحبه أو أعطى امرأة الغائب الـنفقة من ماله. ولأبي حنيفة- رحمه الله -: أن حق الحاضر ثابت قطعًا أو ظاهرًا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمـان التكفيل ، كـمن أثبت الشـراء ممن في يده أو أثبت الدين على العـبد حتى يبـيع في دينه لا يكفل،ولأن المكفول له مجهول ، فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ،بخلاف النفقة

الحاضرممن لا يحجب حرمانًا كالأب والابن وإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ ، فإنه لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين ، وهو النصف والربع عند محمد - رحمه الله- ،وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف - رحمه الله - ،وقول أبي حنيفة -رحمه الله- مضطرب .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - : م: (**أن القاضي ناظر للغيب**) ش: بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غائب م: (**والظاهر أن في التركـة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛ لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع**) ش: القاضي اللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه ، فإنه يأخذ منه كفيلاً م: (**الآبق واللقطة**) ش: أي وكما إذا دفع العبد الآبق م: (**إلى صاحبه**) ش: فإنه يأخذ منه كفيلاً احتياطًا م: (**أو أعطى**) ش: أي وكما إذا أعطى م: (**امرأة الغائب النفقة من ماله**) ش: أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع ويقر بقيام النكاح ، فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلاً احتياطًا .

م: (**ولأبي حنيفـة -رحمه الله - :أن حق الحاضـر ثابت قطعًا**) ش: فيما إذا كان القاضي يعرف يقينًا أنه لا وارث لميت غير الحاضر م: (**أو ظاهرًا**) ش: فيما إذا لم يعرف القاضي وارثًا آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا يؤخر**) ش: أي حق الحاضر م: (**لحق موهوم إلى زمان التـكفيل**) ش: لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره ، بل بما ظهر عنده من الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجبًا عليه م: (**كمن أثبت الشـراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل**) ش: أي من المشتري أو من رب الدين مع احتمال مشتر آخر ودين آخر .

فلو أخذ الكفيل بناء على هذا الاحتمال يكون الأدنى معارضًا على الحجة الأعلى وأنه لا يجوز م: (**ولأن المكفول له مجهول**) ش: هذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وهنا المكفول له مجهول فلا يصح .

م: (**فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء**) ش: ولم يعين من هو ، فإنه لا يصح م: (**بخلاف النفقة**)

لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف ، وقيل: إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ، يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت . ولهذا كان له أن يمنع . وقوله: ظلم ، أي ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه -رحمه الله- أن المجتهد يخطئ ويصيب ،لا كما ظنه البعض. قال : وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،

ش: هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما النفقة م: (**لأن حق الزوج ثابت**) ش: في الوديعة م: (**وهو**) ش: أي الزوج م: (**معلوم**) ش: أيضًا فصحت الكفالة .

م: (**وأما الآبق واللقطة ففيه**) ش: أي ففي كل واحد منهما م: (**روايتان**) ش: قال في رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً ، وقال في رواية : أحب إلي أن يأخذ منه كفيلاً م: (**والأصح أنه على الخلاف**) ش: المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة ، وقالوا في «شروح الجامع الصغير» ، والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، فعلى ما قالوا لا يصح قياسًا على تلك المسألة .

م: (**وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد**) ش: فإنه لمن يطلبه م: (**يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت**) ش: لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**كان له**) ش: أي للقاضي م: (**أن يمنع**) ش: أي من الدفع ، فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول أبي حنيفة - رحمه الله - في «الجامع الصغير» حين سأله أبو يوسف - رحمه الله - عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء م: (**ظلم أي ميل عن سواء السبيل**) ش: إنما ذكره تمهيدًا لما ذكره بقوله : م: (**وهذا**) ش: أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه م: (**يكشف عن مذهبه- رحمه الله -**) ش: أي مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض**) ش: وهم المعتزلة أن كل مجتهد مصيب ، على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال ليوسف بن خالد السمتي - رحمه الله - : كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد ، قلنا : معناه مصيب في الاجتهاد ، حتى يكون مثابًا ، وإن وقع اجتهاده مخالفًا عند الله عز وجل . فقد قال محمد - رحمه الله - لو تلاعنا ثلاثًا ففرق القاضي بينهما ، فقد قضاه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابًا، مع فتواه أنه يخطئ بالحق عند الله عز وجل ، كذا في« التقويم » .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -[في] «الجامع الصغير»م: (**وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر**) ش: أي رجل آخر م: (**البينة أن أباه مات وتركها**) ش: أي الدار م: (**ميراثًا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف**) ش: أي بنصف الدار م: (**وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،**

ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: إن كان الذي هي في يده جاحدًا ، أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يجحد ترك في يده ،لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصودًا واحتمال كونه مختارًا للميت ثابت ، فلا تنقض يده كما إذا كان مقرًا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي ، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي . ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل :يؤخذ منه بالاتفاق ؛ لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا

ولا يستوثق منه) ش: أي من صاحب اليد م: **(بكفيل)** ش: أي لا يؤخذ من ذي اليد كفيل م: **(وهذا)** ش: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده م: **(عند أبي حنيفة -رحمه الله-)** ش: . وعدم الاستيثاق بالكفيل هنا فبالإجماع ، والخلاف في الذي ذكرناه

م: **(وقالا)** ش: أي أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: **(إن كان الذي هي في يده جاحدًا أخذ منه)** ش: أي أخذ منه الكفيل م: **(وجعل في يد أمين)** ش: حتى تقدم الغائب م: **(وإن لم يجحد ترك في يده)** ش: لأنه أمين م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: **(أن الجاحد خائن ، فلا يترك المال في يده، بخلاف المقر لأنه أمين)** ش: فترك في يده م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: **(أن القضاء وقع للميت مقصودًا)** ش: لأن القضاء بالإرث قضاء للميت ، ولهذا يقضي ديونه منه وينفذ وصاياه م: **(واحتمال كونه)** ش: أي كون صاحب اليد م: **(مختارًا للميت ثابت ، فلا تنقض يده)** ش: بقيد من غير مختار له ، وإنما قال واحتمال كونه ، لأن كون المال بيد من لو بيده باختيار الميت ليس بقطعي.

واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به م: **(كما إذا كان)** ش: من بيده م: **(مقرًا)** ش: فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك .

م: **(وجحوده)** ش: هذا جواب عما ذكراه ، ووجهه أن الخيانة الجحود م: **(قد ارتفع بقضاء القاضي)** ش: وكذا لازمه م: **(والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له)** ش: أي للابن م: **(وللقاضي)** ش: فالظاهر أنه إنما جحد لاشتباه الأمر عليه ، وقد زال ذلك بالحجة م: **(ولو كانت الدعوى في منقول)** ش: والمسألة بحالها.

م: **(فقد قيل: يؤخذ)** ش: أي النصف الآخر م: **(منه)** ش: أي من الذي في يده م: **(بالاتفاق؛ لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه)** ش: أي في القول لأنه لما جحد ربما يتصرف فيه إما لخيانة أو لزعمه أنه ملكه ، فالأخذ منه أبلغ في الحفظ .

م: **(بخلاف العقار؛ لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا)** ش: أي ولكون العقار محصنة بنفسها

يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير. وقيل: المنقول على الخلاف أيضًا، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء الخصومة، والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يستحق له عليه دينًا كان أو عينًا؛ لأن المقضي له وعليه إنما هو

م: (**يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير**) ش: من بيع العروض على الكبير، وإنما خصهم بالذكر إذ ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ، وهذا من باب الحفظ م: (**وقيل: المنقول على الخلاف أيضًا**) ش: يعني لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدعى عليه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما. وقال الأستروشني - رحمه الله - في «فصوله»: وأما المنقول فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده ويوضع على يدي عدل. واختلف المشايخ- رحمهم الله - على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، قال بعضهم: لا ينزع من يده، وقال بعضهم: ينزع من يده.

م: (**وقول أبي حنيفة - رحمه الله - فيه**) ش: أي في المنقول م: (**أظهر**) ش: من قوله في العقار م: (**لحاجته إلى الحفظ**) ش: أي لحاجة المنقول إلى الحفظ، فإذا لم ينزع من يده كان مضمونًا عليه، وإذا نزع منه لم يبق مضمونًا عليه، فكان الحفظ في عدم النزع أكثر م: (**وإنما لا يؤخذ الكفيل**) ش: هذا راجع إلى قوله، ولا تستوثق منه بكفيل، ومعناه أخذ الكفيل م: (**لأنه إنشاء الخصومة**) ش: لأن من بيده الباقي قد لا تصح نفسه بإعطائه، والقاضي يطالبه فتنشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها، وهو معنى قوله م: (**والقاضي إنما نصب لقطعها**) ش: أي لقطع الخصومة م: (**لا لإنشائها**).

فإن قيل: هب أن القاضي لم ينصب لذلك، فيكون الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل، والقاضي يقطعها بحكمه بإعطائه.

أجاب الأكمل - رحمه الله - عنه بقوله: يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ها هنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها، فلما فرضناه رافعًا لشيء كان منشأ له، وهذا خلف باطل. م: (**وإذا حضر الغائب**) ش: وأخذ نصيبه هل يكلف إلى إعادة البينة أم لا، فقال المصنف -رحمه الله - : م: (**لا يحتاج إلى إعادة البينة**) ش: في أخذ نصيبه من ذي اليد م: (**ويسلم النصف إليه بذلك القضاء**) ش: لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه الغائب م: (**لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يستحق له**) ش: أي للميت.

م: (**وعليه**) ش: أي وعلى الميت سواء كان م: (**دينًا كان أو عينًا؛ لأن المقضي له وعليه إنما هو**

الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك ، بخلاف الاستيفاء لنفسه ، ؛لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائبًا عن غيره ، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده . ذكره في« الجامع »؛ لأنه لا يكون خصمًا بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده .قال: ومن قال: مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة ،

الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه) ش: أي عن الميت م: (في ذلك) ش: الأمر وهو اختيار المصنف -رحمه الله - واختيار فخر الإسلام - رحمه الله - والخصاف-رحمه الله - ومنهم من قال : يكلف بإعادة البينة على قياس قول أبي حنيفة- رحمه الله- في قتل العمد إذا أقام الحاضر البينة : أن فلانًا قتل أباه عمدًا ثم حضر الغائب، يحتاج إلى إقامة البينة .

م: (بخلاف الاستيفاء) ش: جواب عما يقال : لو صلح أحدهم للخلافة كان كالميت، وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع . تقرير الجواب : أن الاستيفاء م: (لنفسه) ش: خلاف ذلك م: (لأنه) ش: أي لأن المستوفي م: (عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبًا عن غيره) ش: ولقائل أن يقول : فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ، ونائبًا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه .

وجوابه : في المسائل قال : لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائبًا لغيره م: (لا يستوفي) ش: الحاضر م: (إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) ش: فإنه يقضي بالكل، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه م: (إلا أنه) ش: استثناء من قوله : لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا إلى قوله له وعليه ، يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينًا على الميت يكون هو خصمًا في جميع التركة لا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة جميعها في يده ، وهو معنى قوله : إلا أنه أي إلا أن الشأن م: (إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل) ش: أي كل التركة م: (في يده) ش: أي في يد الحاضر م: (ذكره في «الجامع ») ش: أي« الجامع الكبير» في باب الشهادة في المواريث م: (لأنه) ش: أي لأن الحاضر م: (لا يكون خصمًا بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده) ش: وفي «الكافي» : أن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذي اليد ، وإنما ينتصب أحد الورثة خصمًا عن الباقين إذا كان المدعي في يده ، وهذا بخلاف دعوى الدين، فإن أحد الورثة ينتصب خصمًا ، وإن لم يكن في يده شيء من التركة ، وكذا ذكره في «المحيط» و«الذخيرة».

م: (قال: ومن قال : مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) ش: أي يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة ، كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أم لا ، إلا أن المعتبر هو حبس مال الزكاة ، والقليل منه ، ولهذا قالوا : إذا

وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء ، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر - رحمه الله - لعموم اسم المال كما في الوصية . وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال .

نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به ، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه ، ولا يجب التصدق بالأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك .

م: (**وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء ، والقياس**) ش: في الأول أيضًا م: (**أن يلزمه التصدق بالكل، وبه**) ش: أي بالقياس م: (**قال زفر - رحمه الله -**) ش: وهو قول الشافعي -رحمه الله - ، وهو قول النخعي والليثي -رحمهما الله - ، واستدل زفر -رحمه الله- والشافعي - رحمه الله - بقوله ﷺ : « **من نذر أن يطيع الله فليطعه** »[1] .

والجواب عنه : أنا نحن نقول به ، وقد بينا الفرق بين الوصية والنذر ، وقال الزهري ومالك وأحمد -رحمهم الله - : يتصدق بثلث ماله ، سواء كان زيوفًا أم لا ، لما روي أنه ﷺ قال لأبي لبابة -رضي الله عنه - حين قال : إن من توبتي يا رسول الله ﷺ أن أنخلع من مالي ، فقال ﷺ : « **يجزئك الثلث** » ، والجواب عليه أنه ليس بنذر ، وليس هو محل النزاع .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : ذكر أبو يوسف [في] «الأمالي» حكاه عن أبي حنيفة -رحمه الله - ، وعن نفسه أنه إذا قال : مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة ، وإذا قال : ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال ، وفي قول مالك -رحمه الله - : يتصدق بثلث ماله .

وفي قول الشافعي -رحمه الله - : عليه كفارة اليمين . وروي عن الشعبي -رحمه الله- : أنه لا يجب عليه شيء ، إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث -رحمه الله - ، وجه القياس في التصدق بالكل ، ما قاله زفر -رحمه الله .

م: (**لعموم اسم المال**) ش: فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة ، وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل م: (**كما في الوصية**) ش: فإنه إذا أوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل ، ولا يختص بما فيه الزكاة م: (**وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى**) ش: فإيجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة ، فكذا إيجاب العبد م: (**فينصرف إيجابه**) ش: أي إيجاب العبد م: (**إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال**) ش: ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه ، وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة ، وهو من جنس الوقوف

---

(١) أخرجه البخاري في باب « النذر في الطاعة » .

أما الوصية فأخت الميراث؛ لأنها خلافة كهي، فلا تختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة .أما الوصية فتقع في حال الاستغناء ، فينصرف إلى الكل ، وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده . وعند محمد - رحمه الله - لا تدخل لأنها سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع ؛لأنه يتمحض مؤنة . ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل: يتناول كل مال ؛ لأنه أعم من لفظ المال ،

بعرفات ، أو لأنه في معنى الصلاة ، لأنه انتظار أوقات الصلاة، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة .

م: (**أما الوصية فأخت الميراث لأنها**) ش: أي لأن الوصية م: (**خلافة كهي**) ش: أي كالوراثة أن في كل منهما تمليك مضافًا إلى ما بعد الموت م: (**فلا تختص**) ش: أي الوصية م: (**بمال دون مال**) ش: كالميراث لا يختص بمال الزكاة م: (**ولأن الظاهر**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الظاهر من حال الناذر م: (**التزام الصدقة من فاضل ماله، وهو مال الزكاة**) ش: لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة .

م: (**أما الوصية فتقع في حال الاستغناء**) ش: عن الأموال م: (**فينصرف إلى الكل**) ش: أي كل الأموال م: (**وتدخل فيه**) ش: أي في النذر م: (**الأرض العشرية عند أبي يوسف -رحمه الله -؛ لأنها)** ش: أي لأن الأرض العشرية م: (**سبب الصدقة**) ش: وهي العشر ، فكانت الأرض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث أنها من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة .

ولا يقال في عشر يعني المؤنة بالحديث، فقال المصنف -رحمه الله - : م: (**إذ جهة الصدقة)** ش: أي العبادة م: (**في العشرية راجحة عنده**) ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله .

م: (**وعند محمد - رحمه الله -: لا تدخل لأنها**) ش: أي لأن الأرض العشرية على تأويل المكان أو لتذكير الخبر ، كما في قوله ﴿**هذا ربي**﴾ م: (**سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده)** ش: أي عند محمد -رحمه الله- ، وذكر الإمام التمرتاشي -رحمه الله- قول أبي حنيفة-رحمه الله- مع محمد -رحمه الله - : م : (**ولا تدخل**) ش: أي في النذر م: (**أرض الخراج بالإجماع)** ش: لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء وقوله م: (**لأنه يتمحض مؤنة**) ش: يتعلق بقوله : ولا يدخل .

م: (**ولو قال : ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل : يتناول كل مال**) ش: وهو رواية أبي يوسف -رحمه الله - عن أبي حنيفة -رحمه الله - ذكره في «الأمالي» وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني -رحمه الله -م: (**لأنه أعم من لفظ المال**) ش: إذ الملك يطلق على المال وعلى غيره، يقال : ملك النكاح ، وملك القصاص وملك المتعة ، بخلاف ما لو قال: عبده حر إن

والمقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال ، فلا مخصص في لفظ الملك ، فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء ؛ لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئًا تصدق بمثل ما أمسك ؛ لأن

أملك إلا خمسين درهمًا ، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة ، وإن نص على لفظ الملك ذكره في «الجامع»، لأن بقرينة الاستثناء أن المراد من الملك المال ، إذ استثناء الدراهم يدل أن المستثنى من جنسه .

كذا ذكره المحبوبي -رحمه الله- م: (**والمقيد**) ش: بتشديد الياء المكسورة ، هذا جواب عما يقال الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة ، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ، وتقرير الجواب أن المقيد م: (**إيجاب الشرع**) ش: أي المقيد بمال الزكاة إيجاب الشرع م: (**وهو مختص بلفظ المال**) ش: قال الله عز وجل : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة** ﴾ (التوبة : الآية ١٠٣)

وقال ﷺ : «**هاتوا ربع عشر أموالكم** » م: (**فلا مخصص في لفظ الملك**) ش: إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافًا إلى الملك تخصيصًا بأموال الزكاة م: (**فبقي على العموم**) ش: وفيه نظر ؛ لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع .

م: (**والصحيح أنهما**) ش: أي أن لفظ «مالي وما أملك» م: (**سواء**) ش: فيما نحن فيه، يعني يختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار شمس الأئمة-رحمه الله- ذكره في «مبسوطه»وهو اختيار أبي بكر البلخي-رحمه الله- ؛ م: (**لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة**) ش: الملتزم بفتح الزاي .

وأراد باللفظين قوله : مالي في المساكين صدقة ، وقوله : ما أملك صدقة في المساكين ببيان هذا أن الملتزم بالصدقة ، والصدقة إنما تجب على العبد شرعًا في المال الفاضل عن الحاجة .

وكذا في إيجاب العبد على نفسه ، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة ، فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة ، هكذا بخط شيخي العلامة -رحمه الله- م: (**على ما مر**) .

ش: قال الكاكي -رحمه الله- : إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وليس بواضح، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله م: (**والمقيد إيجاب الشرع**) ش:وهو بلفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله: «ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله» .

م: (**ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته**) ش: لأن حاجته هذه مقدمة ، إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه ، وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه م: (**ثم إذا أصاب شيئًا**) ش: يعني إذا حصل له شيء من الدنيا م: (**تصدق بمثل ما أمسك لأن**

حاجته هذه مقدمة ، ولم يقدر محمد رحمه الله لاختلاف أحوال الناس فيه .وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر،وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال .وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . قال : ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئًا من التركة ، فهو وصي والبيع جائز ،ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضًا ؛ لأن الوصاية إنابة بعد الموت ، فتعتبر بالإنابة قبله ، وهي الوكالة.

حاجته هذه مقدمة) ش: على الصدقة وغيرها م: (**ولم يقدر محمد - رحمه الله -**) ش: على صيغة المجهول يعني لم يبين في «المبسوط» مقدار ما يمسك م: (**لاختلاف أحوال الناس فيه**) ش: بكثرة العيال وقلتها .

م: (**وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم**) ش: أي لأجل نفقة يوم ، لأن يده تصل إلى ما ينفق يومًا فيومًا م: (**وصاحب الغلة**) ش: أي صحاب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها م: (**لشهر**) ش: أي يمسك منه لأجل قوره لشهر واحد م: (**وصاحب الضياع لسنة**) ش: أي يمسك صاحب الضيعة لأجل قوت سنة ، لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنة م: (**على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال**) ش: تارة يصل إلى المال عند معنى نصف سنة ، وتارة في آخر سنة م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الاعتبار م: (**صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله**) ش: اعتبارًا لتفاوت وصولهم إلى المال .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن أوصى إليه**) ش: على صيغة المجهول م: (**ولم يعلم بالوصاية**) ش: أي ولم يعلم أنه وصي م: (**حتى باع شيئًا من التركة، فهو وصي والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم**) ش: إنه وكيل لتوقف التوكيل على العلم . وقال أحمد- رحمه الله -: لا يتوقف التوكيل على العلم ، كالوصاية .

وفي «الجامع» فإذا أعلمه إنسان فباع فهو جائز ، ولا يكون نهيًا عن الوكالة ، حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل ، هذا لفظ محمد - رحمه الله - فيه ،وفي شروحه أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد ، سواء كان عدلاً أو فاسقًا أو عبدًا أو حرًا أو غير ذلك كالوكالة .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضًا**) ش: يعني لا يجوز بيع الوصي أيضًا ، قيل : العلم بالوصاية اعتبارًا بالوكالة م: (**لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله**) ش: أي قبل الموت م: (**وهي الوكالة**) ش: أي الإنابة قبل الموت هي الوكالة .

قال الكاكي - رحمه الله - : قوله : لأن الوصاية إنابة ، أي جعل الوصي نائبًا عن نفسه ، والإنابة يعني جعل الغير نائبًا عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس ، بل هي

ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي ،

ومن أعلمه من الناس بالوكالة

مستعملة فيها بمعنى الرجوع ، كقولهم أناب إلى الله أي رجع . فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة ، بمعنى جعل الغير نائبًا عن نفسه ، قال شيخي العلامة صاحب « النهاية» : ليس هذا هو موضع عيب إذ صاحب «الكشاف» استعملها في ذلك في «الكشاف» في سورة الروم ، وكفى قوله حجة في اللغة ؛ انتهى .

قلت : لا يحتاج إلى هذه الحوالة ، فإن الجوهري قال : ناب عني فلان أي قام مقامي ، ويستخرج منه صحة قول المصنف .

م: (**ووجه الفرق**) ش: بينهما م: (**على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة**) ش: وهو بعد الموت م: (**فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث**) ش: بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح . م: (**أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا**) ش: أي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن التوكيل م: (**لو توقف على العلم**) ش: أي على العلم ، وفي بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه أي توقفت الوكالة على العلم م: (**لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي**) ش: أراد بالأول من الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي ، لعدم قدرته ، ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة إذا ثبتت مقصودة ، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة ، إن كان قصداً لا يثبت بدون العلم ، لأن الإذن من الآذان، يعني الإعلام ، والإعلام لا يتصور بدون العلم .

أما إذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ، ففيه روايتان : نحو أن يقول الموكل لرجل : اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد إليه ، وأعلمه أن صاحب العبد أمره ببيعه ، فاشتراه صح شراؤه منه ، وإن لم يخبره بذلك ، واشتراه منه ، ذكر محمد - رحمه الله- في كتاب «الوكالة» أن البيع جائز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع .

وذكر في كتاب «الزيادات» أنه لا يجوز البيع ، وأما العزل القصدي لا يصح بدون العلم ، والحكم يصح بدونه ، كما إذا مات الموكل ، ونحو ذلك ، وكذلك الحي .

م: (**ومن أعلمه**) ش: أي من أعلم الوكيل م: (**من الناس بالوكالة**) ش: أطلق اسم الناس

يجوز تصرفه ؛لأنه إثبات حق لا إلزام أمر. قال :ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .وقالا : هو والأول سواء ؛ لأنه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل؛ لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، وعلى هذا الخلاف

ليتناول كل مميز صغير أو كبير أو كافر أو مسلم م: (**يجوز تصرفه ، لأنه إثبات حق لا إلزام أمر**) ش: أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف . وفي «أصول شمس الأئمة» - رحمه الله - : المعاملات لا إلزام فيها ، كالوكالات ، والمضاربات ، والإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله- لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد ، وهذا من باب المعاملات ، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة م: (**ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده**) ش: أي عند الوكيل م: (**شاهدان أو رجل عدل**) ش: والمراد من الشهادة الإخبار ، إذ لفظ الشهادة ليس بشرط ، ذكره في «جامع قاضي خان» - رحمه الله - م: (**وهذا**) ش: أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل م: (**عند أبي حنيفة رحمه الله**) .

م: (**وقالا: هو**) ش: أي النهي عن الوكالة م: (**والأول**) ش: هو الإعلام بالوكالة م: (**سواء**) ش: في الاكتفاء بخبر الواحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن العزل م: (**من المعاملات وبخبر الواحد**) ش: أي وبإخبار الواحد م: (**فيها**) ش: أي في المعاملات م: (**كفاية**) ش: فيثبت بخبر الفاسق اعتباراً بالوكالة ، والإذن للعبد في التجارة بخلاف الديانات ، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين ، فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى ، كذا ذكره المحبوبي - رحمه الله .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن العزل م: (**خبر ملزم**) ش: أما كونه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام ، وأما كونه ملزم لأنه يلزم الامتناع عن التصرف م: (**فيكون شهادة من وجه**) ش: دون وجه . فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة م: (**فيشترط أحد شطريها**) ش: أي أحد شطري الشهادة م: (**وهو**) ش: أي أحد شطري الشهادة م: (**العدد**) ش: بأن يكون اثنان م: (**أو العدالة**) ش: بأن يكون واحداً عدلاً م: (**بخلاف الأول**) ش: أي التوكيل ؛ لأنه لا إلزام فيه بوجه م: (**وبخلاف رسول الموكل**) ش: فإنه لا يشترط فيه أيضًا شيء من ذلك م: (**لأن عبارته**) ش: أي عبارة الرسول م: (**كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال**) ش: إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله . م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه في اشتراط أحد

إذا أخبر المولى بجناية عبده ، والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا ، قال : وإذا باع القاضي أو أمينه عبدًا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن ، لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام ، وكل واحد منهم

شطريها ، وها هنا ست مسائل ذكر المصنف - رحمه الله - منها خمسة منها : عزل الوكيل وقد مضى ذكر الأربعة بعد ذلك ، الأولى قوله م: (**إذا أخبر المولى بجناية عبده**) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل ، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع ، كان اختيارًا منه للغد ، أو أن أخبره فاسق فصدقه فكذلك ، وإلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختيارًا خلافًا لهما . الثانية : في قوله م:(**والشفيع** ش:(إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع ، فسكن سقطت شفاعته وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف . الثالثة : هي قوله : م: (**والبكر**) ش: إذا بلغها تزوج الولي ، فسكتت ، فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضاء بلا خلاف ، وإن أخبرها فاسق ، فعلى الاختلاف ، الرابعة : هي قوله : م: (**والمسلم الذي لم يهاجر إلينا**) ش: إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء . وإن أخبره فاسق وكذبه ، فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافًا لهما .

والسادسة : التي لم يذكرها المصنف : عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل ، أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب ، وإن كان فاسقًا وكذبه ثبت الحجر عندهما ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله -وقيد بتلقاء نفسه ، لأن حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا باع القاضي أو أمينه عبدًا للغرماء وأخذ المال**) ش: أي الثمن م: (**فضاع**) ش: أي الثمن م: (**واستحق العبد لم يضمن**) ش: أي القاضي أو أمينه صورة المسألة في «الجامع» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمهم الله- عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم ، فيرفع الغريم الوصي إلى القاضي ، فيأمر بالبيع للغريم في دينه ، فيبيعه بمائة درهم لقبض الوصي الثمن ، فيهلك ثم يستحق العبد من يد المشتري .

قال : يرجع المشتري على الغريم بالثمن ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم سواء . إلى هنا لفظ محمد - رحمه الله - في أصل « الجامع الصغير » ، والمصنف - رحمه الله - ذكر بيع القاضي وبيع أمينه .

ثم ذكر أن أمين القاضي لم يضمن م: (**لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام**) ش: والإمام لا يضمن ، فكذا القاضي أو أمينه وهو معنى قوله م: (**وكل واحد منهم**) ش: أي

لا يلحقه ضـمانًا كيلا يتقـاعد الناس عن قبول هذه الأمانـة فتضيع الحقـوق ويرجع المشتري على الغرماء ؛ لأن البيع واقع لهم ، فـيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد ، كـما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلـبهم ، وإن أمر القاضي الوصي ببيـعه للغرماء ، ثم اسـتحق أو مات قبل القـبض وضاع المال ،رجع المشتري على الوصي لأنه عـاقد نيابة عن الميت ، وإن كـان بإقامة القاضي عنه فصار كـما إذا باعه بنفسه. وقال : ويرجع الوصي على الـغرماء لأنه عامل لهم ،وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه .

من الإمام والقاضي وأمينه م: (**لا يلحقه ضمانًا كيلا يتقاعد الناس**) ش: أي كل واحد منهم م: (**عن قبول هذه الأمانة**) ش: خوفًا من الـضمان م: (**فتضيع الحقوق**) ش: أي حقوق المسلمين م: (**ويرجع المشتري على الغرماء؛ لأن البيع واقع لهم**) ش: أي للغرماء فإذا كان ذلك م: (**فيرجع عليهم**) ش: أي على الغرماء م: (**عند تعذر الرجـوع على العاقد ، كـما إذا كان العـاقد محجـوراً عليه**) ش: عند تعذر الرجوع .

أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجـور ، فإن من وكل صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما ، ولا يتعلق حقوق العبد بهما ، بل يتعلق بموكلهما .

وإذا تعذر تعليق الحقوق ها هنا على العاقد ، يتعلق بأقرب الناس إلى العاقـد كما في توكيل المحجور ، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم ، لوقوع العقد له كما في الوكيل .

م: (**ولهذا**) ش: أي لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء م: (**يباع**) ش: أي العبد م: (**بطلبهم**) ش: أي بطلب الغرماء م: (**وإن أمر القاضي الوصي ببيـعه للغرماء**) ش: أي ببيع العبد م: (**ثم استـحق أو مات**) ش: أي العبد م: (**قبـل القبض وضـاع المال ، رجع المشـتري على الوصي لأنه**) ش: أي لأن الـوصي م: (**عاقـد نيابة عن الميت**) ش: هذا ظاهر إذا كـان الميت أوصى إليـه م: (**وإن كـــان**) ش: أي الـوصي م: (**بإقامة القاضي عنه**) ش: أي عن الميت م: (**فصار كـما إذا باعه**) ش: أي كما إذا باعه الميت م: (**بنفسه**) ش: حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق إليه ، فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت، لا عن نفسه ، وعقد النائب كعقد المنوب عنه .

م: (**وقـــال**) ش: يجـوز أن يكون فـاعله مـحـمـداً -رحـمـه الله- لأنه كـذا حكي عن أبي حنيفة-رحمه الله- ، ويجـوز أن يكون فاعله المصنف -رحمه الله - فتأمل م: (**ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم**) ش: أي لأن الوصي عامل للغرماء . ومن عمل عملاً لغيره ولحقه ضمان ، يرجع على من وقع له العمل م: (**وإن ظهر للميت مال**) ش: آخر بعد ذلك م: (**يرجع الغريم فيه بدينه**) ش: أي يأخذ دينه من ذلك ، وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ، ففيه اختلاف .

قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضًا ؛ لأنه لحقه في أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم ؛لأنه إذا لم يكن في التركة دين ، كان العاقد عاملاً له .

م: **(قالوا)** ش: أي المشايخ -رحمهم الله- : م: **(ويجوز أن يقال : يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً)** ش: كما رجع بدينه ، وإنما قيد بهذا اللفظ ، لأن فيه اختلاف . قال أبو الليث -رحمه الله- يجوز أن يقال : يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري م: **(لأنه)** ش: أي لأن الضمان م: **(لحقه في أمر الميت)** ش: . وعن بعض المشايخ -رحمهم الله- : لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله لأن قبض الوصي كقبض الميت .

وفي« الكافي» : الأصح الرجوع لأنه قبض ذلك وهو مضطر فيه م: **(والوارث إذا بيع له)** ش: أي لأجله يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة ، وهو صغير فباعه الوصي ، ثم اشترى، رجع المشتري بالثمن على الوصي ، والوصي على الوارث أشار إليه بقوله م: **(بمنزلة الغريم)** ش: حيث يرجع م: **(لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له)** ش: أي للوارث .

* * *

فصل آخر

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم، فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل، وعن محمد أنه رجع عن هذا، وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة؛ لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك غير ممكن ،وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه، واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا، إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه .

م: (فصل آخر)

ش: أي هذا فصل آخر ، ومسائل يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل ، وبعده مقبول أم لا . فلذلك ذكرها في فصل على حدة .

م: (**وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه**) ش: يعني إذا قال القاضي لك: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه وسعك أن ترجمه م: (**أو بالقطع فاقطعه**) ش: أي وإذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك أن تقطعه .

م: (**أو بالضرب فاضربه**) ش: أي وإذا قال : قضيت عليه بالضرب فأضربه . وقوله : م:(**وسعك أن تفعل**) ش: جواب قوله « وإذا قال القاضي» في ثلاث صور .

م: (**وعن محمد أنه رجع عن هذا**) ش: لأنه كان حكي هذا عن أبي يوسف -رحمه الله- ، عن أبي حنيفة -رحمه الله- في «الجامع الصغير» ، ثم رجع عنه م: (**وقال : تأخذ بقوله**) ش: أي بقول هذا القاضي : م: (**حتى تعاين الحجة**) ش: أي الشهادة بحضرتك .

وقال الكاكي -رحمه الله- : أو يشهد على ذلك مع القاضي عدل ، وهذه رواية ابن سماعة -رحمه الله- عن محمد -رحمه الله- م: (**لأن قوله**) ش: أي قول القاضي م: (**يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك**) ش: بعد وقوع الأمر م: (**غير ممكن**) ش: لفواته وبه أخذ مشايخنا -رحمهم الله- لفساد قضاة هذا الزمان ، لا سيما قضاة مصر ، لأن أكثرهم يقولون بالراشي ، فأحكامهم باطلة .

وصدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء -عليهم السلام- ، وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان بغلط الجهل والفسق فيهم .

م: (**وعلى هذه الرواية**) ش: أي الرواية التي رويت عن محمد -رحمه الله- : م: (**لا يقبل كتابه**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي .

وقال المصنف -رحمه الله- م: (**واستحسن المشايخ هذه الرواية**) ش: وقالوا ما أحسن هذا في زماننا م: (**لفساد حال أكثر القضاة في زماننا**) ش: فلا يؤتمنون م: (**إلا في كتاب القاضي**) ش: إلى القاضي لم يأخذوا بهذه الرواية م: (**للحاجة إليه**) ش: أي إلى كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة

وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر ، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه ، وإلا فلا . وإن كان جاهلاً فاسقًا أو عالمًا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة .

قال: وإذا عزل القاضي ، فقال لرجل: أخذت منك ألفًا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال: الرجل: أخذتها ظلمًا ، فالقول قول القاضي ، وكذا لو قال: قضيت بقطع يديك في حق هذا

م: (**وجه ظاهر**) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (**أنه**) ش: أي أن القاضي م: (**أخبر عن أمر يملك إنشاءه**) ش: لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن [. . .] تمكن به من الإنشاء لا يرد م: (**فيقبل لخلوه عن التهمة**) ش: وقال الأكمل -رحمه الله- : وفيه بحث ، وهو أنه يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها ، والثاني ممنوع والأول [. . .] إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة م: (**ولأن طاعة أولي الأمر واجبة**) ش: هذا دليل آخر ، لأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة م: (**وفي تصديقه طاعة**) ش: أي طاعة القاضي . وكان ينبغي أن يقال: إطاعته .

م: (**وقال الإمام أبو منصور -رحمه الله-**) ش: الماتريدي ، واسمه محمد بن محمد بن محمود ونسبته إلى «ماتريد» محله من سمرقند ، ويقال: ماتريت أيضاً بالتاء ، م: (**إن كان**) ش: أي القاضي م: (**عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر**) ش: أي قضائه لتهمة الخطأ م: (**فإن أحسن التفسير**) ش: القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع أن يقول مثلاً: استفسرت المقر بالزنا ، كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه ، وأنه قتل عمداً بلا شبهة ، فحينئذ م: (**وجب تصديقه**) ش: وقبول قوله م: (**وإلا فلا**) ش: أي فلا يحسن تفسيره ، فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله .

م: (**وإذا كان**) ش: أي القاضي م: (**جاهلاً فاسقاً أو عالماً لا يقبل ، إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ**) ش: في الجهل م: (**والخيانة**) ش: أي ولتهمة الجناية في الفسق ، وهذا على أربعة أقسام ، ذكر المصنف -رحمه الله- منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية ، وهو أن يكون عالمًا عادلاً ، لأنه يقبل قوله بدون الاستفسار .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (**وإذا عزل القاضي ، فقال الرجل: أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها عليك ، فقال الرجل: أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي . وكذا لو قال**) ش: أي القاضي : م: (**قضيت بقطع يديك في حق هذا**) ش: فالقول قول القاضي ، وهذا أي كون القول قول القاضي في تأمين الصورتين .

إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض. ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له ، إذ لا يقضي بالجور ظاهراًولا يمين عليه ، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ، ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضًا لأنه فعله في حال القضاء ، ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينًا . ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل ، فالقول للقاضي أيضًا ، وهو الصحيح ؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان ، فصار

م: (**إذا كان الذي قطعت يده، والذي أخذ منه المال**) ش: حال كونه م: (**مقرين أنه**) ش: أي أن القاضي م: (**فعل ذلك**) ش: أي كل واحد من أخذ المال وقطع إليه م: (**وهو قاض**) ش: يعني في حال قضائه م: (**ووجهه**) ش: أي وجه كون القول قول القاضي في الوجهين م: (**أنهما**) ش: أي أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده م: (**لما توافقا**) ش: أي انقضاء م: (**أنه**) ش: أي أن القاضي م: (**فعل ذلك**) ش: أي أخذ المال أو القطع حال كونه م: (**في قضائه**) ش: يعني في حال ولايته فلما اتفقا م: (**كان الظاهر**) ش: أي ظاهر الحال م: (**شاهداً له**) ش: أي للقاضي م: (**إذ**) ش: وفي بعض النسخ م: (**لا يقضي بالجور**) ش: أي بالظلم والخروج عن الحق م: (**ظاهراً**) ش: والقول قول من يشهد له الظاهر.

م: (**ولا يمين عليه**) ش: أي على القاضي م: (**لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي**) ش: لأن إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس ، بامتناع الدخول في القضاء، ولأنا لو ألزمنا عليه اليمين ، لكان خصماً ، وقضاء الخصم لا يجوز م: (**ولو أقر القاطع**) ش: أي بأمر القاضي م: (**والآخذ**) ش: أو أقر أخذ المال بأمر القاضي م: (**بما أقر به القاضي**) ش: أي بالقطع أو الأخذ م: (**لا يضمن**) ش: القاضي م: (**أيضاً لأنه**) ش: أي لأن القاطع أو الآخذ م: (**فعله في حالة القضاء**) ش: وهو صحيح .

م: (**ودفع القاضي صحيح**) ش: أي دفع القاضي المال إلى رب الدين أو المستحق صحيح، لأنه دفع في حالة القضاء ، والظاهر أنه محق م: (**كما إذا كان**) ش: أي دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء م: (**معايناً**) ش: يعني في معاينة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ ، وكذا أقر بما أقر به القاضي م: (**ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه**) ش: أي أن القاضي م: (**فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل**) ش: أي أو فعل بعد عزله م: (**فالقول للقاضي أيضاً، وهو الصحيح**) ش: . احترز به عما ذكره شمس الأئمة -رحمه الله- في «جامعه» أن القول للمدعي إذا قال فعله بعد العزل م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان**) ش: لأنه إذا عرف أنه كان قاضياً، صحت إضافة القطع أو الأخذ إلى حالة القضاء ، لأن حالة القضاء معهودة فيتقي بها الضمان ، وهو اختيار فخر الإسلام -رحمه الله- والصدر الشهيد -رحمه الله-م: (**فصار**)

كما إذا قال: طلقت أو أعتقت ، وأنا مجنون والجنون منه كان معهودًا .ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان ، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول ؛ لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولو كان المال في يد الآخذ قائمًا ، وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه ، يؤخذ منه ؛لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المعزول فيه ليس بحجة.

ش: إسناد القضاء هما م: **(كما إذا قال)** ش: من عهد منه الجنون : م: **(طلقت)** ش: امرأتي م: **(أو أعتقت)** ش: أي قال : اعتقت عبدي م: **(وأنا مجنون والجنون)** ش: أي والحال أن الجنون م: **(منه كان معهوداً)** ش: أي معلوماً بين الناس ، فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق و لا العتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع .

م: **(ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل)** ش: وهو فصل أن المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم أن القاضي قطع وأخذ قبل التقليد أو بعد العزل م: **(بما أقر به القاضي يضمنان ، لأنهما أقرا بسبب الضمان)** ش: وهو أخذ المال وقطع اليد م: **(وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره)** ش: يعني لا يقبل في ذلك ، فإن قيل : ينبغي أن لا يضمن الآخذ والقاطع أيضاً ، لأنهما أسندا الفعل أيضاً إلى حالة معهودة للضمان . الجواب أن جهة الضمان راجحة ، لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية ، وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي .

م: **(بخلاف الأول)** ش: أي الفصل الأول م: **(لأنه ثبت فعله)** ش: أي فعل القاضي م: **(في قضائه بالتصادق)** ش: فكان بمنزلة الثابت معاينة م: **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه ؛ لأنه أقر أن اليد كانت له)** ش: أي للمأخوذ منه م: **(فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة)** ش: لأنه لم يكن له ولاية الآخذ إلا بحجة ظاهرة .

م: **(وقول المعزول)** ش: أي القاضي المعزول م: **(فيه ليس بحجة)** ش: لكونه شهادة فرد ، بخلاف ما لو كان المال هالكاً وأن القاضي ينكر وجوب الضمان ، والقول قول المنكر ، والله أعلم بالصواب .

* * *

كتاب الشهادة

قال : الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ (البقرة الآية : ٢٨٢) ، وقوله تعالى : ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾م: (البقرة الآية : ٢٨٣) .

م: (كتاب الشهادة)

ش:أي هذا كتاب في بيان أحكام الإشهادات وهو جمع شهادة ، والشهادة لغة إخبار قاطع ، كذا في «الصحاح» يعني الإخبار بالشيء عن شهادة وعيان ، لا عن تخمين وحسبان . ومن هذا قالوا : مشتقة من المشاهدة ، وعلى المعاينة وإليه الإشارة النبوية بقوله : إذا رأيت مثل الشمس فاشهد . وما في الشريعة إخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم وسببها في حق التحمل الشهادة ، وفي حق الأداء طلب المدعي وركنها استعمال لفظة الشهادة .

وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل ، وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها . وفي «المبسوط» والقياس يأتي على كون الشهادة حجة تلزمه ، لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ، إلا أن القياس ترك بالنصوص والإجماع .

ووجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب « أدب القاضي» ظاهر جداً لأن القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**الشهادة فرض**) ش: أي أداءها وتحملها إذا تعين، وفرض كفاية إذا لم يتعين بالإجماع م: (**تلزم الشهود ، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي**) ش: وقوله : لا يسعهم ، تأكيد لقوله يلزم الشهود م: (**لقوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾**) ش: (البقرة : الآية ٢٨٢) هذا دليل على أن الطلب من المدعي شرط الفريضة، والنهي عن الإباء عند الدعوى أمر بالحضور للأداء .

م: (**وقوله تعالى : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾**) ش: (البقرة : ٢٨٣)، إنما خص القلب ، وإن كانت الجملة آثمة ؛ لأنه رأس الأعضاء والمضغة التي إن صلحت، صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد كله . كما جاء في الحديث ، لأنه قيل قد تمكن الإثم في أصله ، وملك أشرف شيء منه ، ولأن أفعال القلوب أعظم من سائر الجوارح ، فأصل الحسنات والسيئات ؛ الإيمان والكفر وهما من أفعال القلوب فإذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب ، كان من أعظم الذنوب .

وإنما يشترط طلب المدعي ،لأنها حقه ، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ، والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار ، لأنه بين حسبتين : إقامة الحد والتوقي عن الهتك ،

وقال الزمخشري -رحمه الله- كتمان الشهادة هو أن يضمرها ، ولا يتكلم بها ، فلما كان آثماً مقترفاً بالقلب أسند إليه ، لأن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ .

م: (**وإنما يشترط طلب المدعي؛ لأنها حقه ، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق**) ش: لأن الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه ، بل يتوقف على الطلب كما في سائر الحقوق ، ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ، ولم يعلم بها المدعي ، ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضع حقه ، فإنه يجب عليه الشهادة ، ولا طلب ثمة . والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة ، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود ، فكان في معناه فألحق به لا يقال: قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبباً لأداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف -رحمه الله- بقوله ، وإنما يشترط طلب المدعي فإنه يدل على أن طلبه شرط ، وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعي . فالطالب سبب وجوده شرط فلا يخالفه حينئذ .

فإن قلت: إنما جعله شرطاً ، وقوله تعالى : ﴿ **ولا يأب الشهداء** ﴾ ، ﴿ **ولا تكتموا الشهادة** ﴾ سبباً .

قلت : نعم؛ لأنه خطاب وضع يدل على سبب ، وغيره كقوله تعالى : ﴿ **أقم الصلاة لدلوك الشمس**﴾ (الإسراء : الآية ٧٨) .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأنه**) ش: أي لأن الشاهد م: (**بين حسبتين**) ش: بكسر الحاء تثنية حسبة ، والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة ، وفي «الصحاح» : احتسب بهذا جزاء عند الله ، والاسم الحسبة بالكسر ، وبين الأجر والجمع الحسب ، وفلان محتسب البلد ولا تقل محتسب م: (**إقامة الحد**) ش: حسبة لله تعالى ، فيقام عليه الحد والحسبة الأخرى م: (**والتوقي عن الهتك**) ش: أي التحفظ عن هتك المسلم حسبة لله تعالى ، فإن قيل هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعالى : ﴿ **ولا تكتموا الشهادة** ﴾ (البقرة : الأية ٢٨٣) ، وتقييد المطلق بخبر الواحد لا يجوز .

الجواب : أن الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد ، بدليل سياق الآية ، وهي آية المداينة وبالإجماع والنص قوله تعالى : ﴿ **إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة** ﴾ إلى قوله ﴿ **ولهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة** ﴾ (النور : الآية ١٩) ، والمعنى أن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وغيرها .

فأما الحدود فهي حقوق الله تعالى ، والله -عز وجل- موصوفاً بالعطاء والكرم، وليس فيه

والستر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده :« لو سترته بثوبك لكان خيراً لك».

خوف فوت حقه ، فجاز له ذلك أن يختار الشاهد جانب الستر ، واليه أشار المصنف -رحمه الله- بقوله :

م: (**والستر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**للذي شهد عنده :« لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»**) ش: الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء ، ولكنه حمل ماعزاً إلى أن اعترف عند النبي ﷺ بالزنا كما رواه أبو داود والنسائي عن سفيان عن زيد بن أسلم عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم بن هزال رضي الله عنه ، أن ماعزاً أتى النبي ﷺ فأقر عنده أربع مرات ، فأمر برجمه . وقال لهزال : « لو سترته بثوبك كان خيراً لك» . ثم أخرج أبو داود عن ابن المنكدر : «أن هزالاً أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ فيخبره » انتهى بلفظ أبي داود . ورواه عبد الرزاق -رحمه الله - في «مصنفه» ولفظه : « أن النبي ﷺ قال لهزال : لو سترت بثوبك كان خيراً» .

قلت : لم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع ، حتى قال الأكمل -رحمه الله- أيضاً : قوله ﷺ « **الذي شهد عنده وهو رجل يقال له: هزال الأسلمي -رحمه الله- : لو سترته بثوبك** »[1] ، وفي رواية : « **بردائك لكان خيراً لك** ». انتهى .

وقد قلنا : أن الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عند النبي ﷺ ، وكيف يقول الأكمل -رحمه الله- شهد عنده رجل يقال له «هزال الأسلمي -رحمه الله-» و«هزال» لم يشهد أصلاً ، وإنما حمل ماعزاً على أن يعترف عند النبي ﷺ بالزنا، وقال ﷺ لهزال : «**لو سترت بثوبك كان خيراً** » .

و«هزال» بفتح الهاء وتشديد الزاي وباللام أسلمي سكن المدينة ، وقال المنذري : نعيم بن هزال -رضي الله عنه- ، قيل : لا صحبة له وإنما الصحبة لأبيه هزال ، وصاحب الذنب اسمه ماعز بن مالك الأسلمي ، معدود في المدنيين ، والمرأة التي وقع عليها اسمها فاطمة جارية هزال -رضي الله عنه .

---

(١) صحيح : رواه أبو داود (٤٣٧٧) ، و(٤٣٧٨) وأحمد في «مسند هزال» (٥/ ٢١٦) ، والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٦٣) ورواه ابن سعد في الطبقات (٤/ ٥٢) في ترجمة هزال فرواه أبو داود من طريق سفيان عن زيد بن أسلم عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم من هزال . . مرفوعًا .

ورواه الحاكم من طريق شعبة عن يحيى بن سعيد عن محمد بن المنكدر عن ابن هزال عن أبيه ، ورواه ابن سعد من طريق هشام بن عاصم عن يزيد بن نعيم عن أبيه عن جده .

وأخرجه مالك مرسلاً عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب . . مرسلاً ويزيد بن نعيم مقبول ونعيم أبوه صحابي نزل المدينة وقد تابع نعيم محمد بن المنكدر عن أبيه .

وقال عليه الصلاة والسلام: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»، وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي -عليه الصلاة والسلام- وأصحابه -رضي الله عنهم- دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

م: (وقال عليه الصلاة والسلام) ش: أي وقال النبي ﷺ: م: (**«من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»**) ش: هذا أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة -رضي الله عنه- مرفوعًا «**ومن ستر مسلمًا ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه**» م: (**وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه -رضي الله عنهم- دلالة ظاهرة على أفضيلة الستر**).

ش: لم يتعرض أحد من الشراح على حل هذا التركيب، «قبوله دلالة» مبتدأ وخبره مقدماً، هو قوله «وفيما نقل من التلقين» إلى آخر قوله «للدرء» أي لدفع الحد.

أما الذي نقل عن النبي ﷺ من تلقينه للدرء عن حد الزنا، فما رواه البخاري عن ابن عباس- رضي الله عنهما- في حديث ماعز، قال له ﷺ: «**لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت؟. قال: لا، قال: أفنكتها؟، قال نعم، قال: فعند ذلك أمر برجمه**».

والذي نقل عن الدرء عن حد السرقة ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن حماد بن سلمة عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي المنذر مولى ذر عن أبي أمية المخزومي -رضي الله عنه-: «أن النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ﷺ: ما أخالك سرقت؟. قال: بلى، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع»[1].

وأما الذي نقل عن أصحابه ﷺ من التلقين للدرء، فما رواه عبد الرزاق -رحمه الله- في «مصنفه»، أخبرنا معمر عن طاووس عن عكرمة بن خالد قال: «أتى عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- رجل، فسأله أسرقت؟ فقال: لا، فتركه. وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناده إلى أبي مطر قال، رأيت علياً -رضي الله عنه- أتي برجل قيل له: إنه سرق جملاً، فقال

---

(١) صحيح: رواه أبو داود [٢٥٩٧] والنسائي [٤٨٧٧] وأحمد (٥/ ٢٩٣) من طريق حماد بن سلمة عن إسحاق ابن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي المنذر مولى أبي ذر عن أبي أمية المخزومي.. مرفوعًا، وهذا إسناد ضعيف لجهالة أبي المنذر.

ورواه الحاكم (٤/ ٣٨١) من طريق الدراوردي عن يزيد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أبي هريرة.. مرفوعًا. ورواه أبو داود في المراسيل عن الثورى عن يزيد بن خصيفة.. مرسلاً. والثوري أثبت من الدراوردي ورواه الطبراني بإسناد صحيح عن الفضل بن موسى عن جعفر بن عبد الرحمن أخبرني السائب ابن يزيد.. مرفوعًا.

إلا أنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ، فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ، ولا يقول: سرق محافظة على الستر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع ،والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه . قال : والشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ النساء الآية :١٥)، ولقوله تعالى : ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ (النور الآية :٤)

له : ما أراك سرقت؟ ، قال: بلى، قال: فلعله شبه عليك؟ ، قال: بلى سرقت ، قال: يا قنبر اذهب به فأوقد النار وادع الجزار وشد يده حتى أجيء ، فلما جاء إليه قال له : أسرقت، قال: لا ، فتركه » . وروى ابن أبي شيبة -رحمه الله- في «مصنفه» عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أتي بسارق، وهو يومئذ أمير ، فقال: أسرقت؟ ، أسرقت؟ فقال: لا ، مرتين أو ثلاثاً .

وروى محمد في كتاب «الآثار» : أخبرنا الإمام الأعظم أبو حنيفة -رحمه الله- عن حماد ابن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي -رحمه الله- قال: أتي أبو مسعود الأنصاري -رضي الله عنه- بامرأة سرقت جملاً ، فقال: أسرقت؟ قولي لا ، فقالت: لا، فتركها» .

وروى عبد الرزاق -رحمه الله- في «مصنفه» أخبرنا الثوري -رحمه الله- عن علي بن الأقمر عن يزيد بن أبي كثير عن أبي الدرداء -رضي الله عنهم- أنه أتى بامرأة سرقت ، يقال لها: سلامة ، فقال لها: يا سلامة سرقت ، قولي: لا ، قالت: لا . فدرء عنها .

م: (**إلا أنه**) ش: استثنى من قوله يخبر فيها الشاهد وهو منقطع أي إلا أن الشاهد م: (**يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ، فيقول: أخذ إحياء لحق المسروق منه ، ولا يقول سرق محافظة على الستر**) ش: أي لحفظ الستر على السارق م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الشأن م: (**لو ظهرت السرقة لوجب القطع ، والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه**) ش: لأنه إذا قال: سرق يسقط الضمان حينئذ ، فيضيع حق صاحب المال ، فلهذا كانت الشهادة بالأخذ أولى من الشهادة بالسرقة ، لأنها شهادة على وجه يثبت المال ، ولا يثبت الحد وفيها رعاية الجانبين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والشهادة على مراتب ؛ منها الشهادة في الزنا ، يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ (النساء : الآية ١٥)**) .

ولقوله تعالى : ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ (النور : الآية ٤)) ش: لفظ« أربعة» ، نص في المعدود ، والذكورة لا يقبل فيه إلا أربعة رجال عدول مسلمين ، وهم أحرار، وهم يشهدون أنهم رأوا كالميل في المكحلة ، وقيل: لأن الزنا فعل اثنين ، فيشترط على كل واحد منهما اثنان

ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري :«مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص» ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ،ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى :

م: **(ولا تقبل فيها)** ش: أي في شهادة الزنا م: **(شهادة النساء ؛ لحديث الزهري : «مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخليفتين من بعده: أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص)** ش: هذا أخرجه ابن أبي شيبة-رحمه الله -في «مصنفه» . حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري . . إلى آخره ، واسم الزهري محمد بن مسلم المدني -رضي الله عنه-سكن الشام، ومات بأداما وهي أول عمل [. . .] وعمره اثنان وسبعون سنة روى - رضي الله عنه - عن خلق كثير من الصحابة والتابعين ، وإنما خص الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لأن تمهيد قواعد الشرع وإظهار طرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما . وعن عطاء وحماد بن أبي سليمان -رضي الله عنه-أنه يقبل شهادة النساء فيها ، حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا وامرأتين يقبل .

قلنا : على قولهما لا يبقى فائدة في قوله: «أربعة منكم» م: **(ولأن فيها)** ش: أي في شهادة النساء م: **(شبهة البدلية)** ش: أي من حيث الصورة .

قال شيخي العلاء -رحمه الله- : قوله شبهة البدلية أي صورة لا حقيقة ، لأنه لو كانت البدلية حقيقية ، لما اعتبر شهادة النساء وعند إمكان العمل بشهادة الرجال كالتيمم مع الوضوء ، ولما اعتبر شهادتهن مع إمكان شهادتهم ، على أنه ليست في شهادتهن حقيقة البدلية لكن فيها شبهة البدلية باعتبار الصورة ، فإن قوله تعالى : **﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾** (البقرة : الآية٢٨٢) ، خرج على ما يشابهه قوله : **﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم﴾** (المائدة : الآية ٨٩)، فلهذا أورثت شبهة البدلية .

م: **(لقيامها مقام شهادة الرجال)** ش: أي لقيام شهادتهن مع إمكان العمل بشهادة الرجلين إذا كان كذلك م: **(فلا تقبل)** ش: أي شهادتهن م: **(فيما يندرئ بالشبهات)** ش: لأنها حقيقة غير متحملة في الحدود حتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها ، ولا كتاب القاضي إلى القاضي ، فكذلك شبهة البدلية اعتبار التشبهة بالحقيقة ، لأن الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة . وحكي عن مالك -رحمه الله- : أنه لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا عند عدم الرجلين ، نظراً إلى ظاهر الآية ، فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدلية م: **(ومنها)** ش: أي ومن مراتب الشهادة م: **(الشهادة ببقية الحدود)** ش: كحد الشرب والسرقة م: **(والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى** ....:

﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ : (البقرة :الآية ٢٨٢) . ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا . قال :وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة والوصية ونحو ذلك ، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ؛ لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للإمارة ، ولهذا لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربعة منهن وحدهن ، إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطراً

﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ (البقرة : الآية٢٨٢)) ش: وعن الحسن البصري -رحمه الله- : لا يقبل في القتل إلا أربعة ، كالزنا ، وعن عطاء : يقبل فيها شهادة النساء .

م: (ولا يقبل فيها) ش: أي في الحدود والقصاص م: (شهادة النساء لما ذكرنا) ش: إشارة إلى حديث الزهري ، وما ذكره من شبهة البدلية ، وفي بعض النسخ : «لما قلنا » .

وقال في «الأجناس» : قال في «نوادر ابن رستم» : ويقبل فيه ، أي في التقرير الشهادة على الشهادة ، والشهادة من النساء مع الرجال ، ويجوز فيه العفو ، ويصح فيه الكفالة، وهو حق الآدمي .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية) ش: أي الوصاية ، لأنه في مقدار غير المال م: (ونحو ذلك) ش: كالعتاق والرجعة ، والنسب وتوابعها ، كالإعارة والكفالة لأجل ، وشرط الخيار ذكره في« مبسوط شيخ الإسلام -رحمه الله- .

م: (وقال الشافعي :لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها) ش: وهي التي ذكرناها ، كالإعارة . . إلى آخره .

وبقوله قال مالك وأحمد-رحمهما الله- في رواية ، وفي رواية أخرى كقولنا م: (لأن الأصل فيها) ش: أي في شهادتهن م: (عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط) ش: لغلبة النسيان فيهن م: (وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للإمارة) ش: بكسر الهمزة إلى الخلافة م: (ولهذا) ش: أي ولأجل أن الأصل عدم القبول م: (لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربعة منهن وحدهن) .

م: (إلا أنها) ش: استثنى من قوله «لأن الأصل فيها» أي في شهادة النساء عدم القبول أي إلا أن شهادتهن م: (قبلت في الأموال ضرورة) ش: كثرة وقوع أسبابها ، لأنه يلحقهم الحرج بإشهاد رجلين في كل حادثة ، فإذا لم يسمع فيها تفوت حقوق الناس لكثرة وقوعها ، ولو حظرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً أو أقل وجوداً كالنكاح ، وهو معنى قوله : م: (والنكاح أعظم خطراً

وأقل وقوعًا ، فلا يلحق بما هو أدنى خطرًا وأكثر وجودًا . ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة ، وهو المشاهدة والضبط والأداء ، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد ، وبالثاني يبقى ، وبالثالث يحصل العلم للقاضي ، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار ، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها ، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ،

وأقل وقوعاً ، فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً)

ش: وكذلك الطلاق والرجعة ، والإسلام ، والردة والبلوغ ، والولاء ، والعدة والجرح ، والتعديل والعفو عن القصاص ، حاصل مذهب الشافعي -رحمه الله- هو ما ذكره في «وجيزهم» : لا تقبل شهادة النساء إلا في الأموال ، وحقوقها كالأجل ، والخيار ، والشفعة ، والإجارة ، وقتل الخطأ ، وكل جرح لا يوجب إلا الحال ، فيثبت برجل وامرأتين .

وكذا نسخ العقود وقبض نجوم الكتابة ، إلا النجم الأخير ففيه الوجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق ، والإسلام والردة ، والبلوغ والولاء والعدة والجرح ، والتعديل ، والعفو عن القصاص، عن الوصاية والوكالة ، فيثبت برجلين ولا يثبت برجل وامرأتين .

وأما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء ، والرضاع ، فإنه يثبت بأربع نسوة ، فلا تثبت الولادة بقول القابلة وحدها .

م: **(ولنا أن الأصل فيها)** ش: أي في شهادة النساء م: **(القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة، وهو)** ش: أي ما يبتنى عليه م: **(المشاهدة)** ش: .وفي بعض النسخ : وهي المشاهرة، أي المعاينة، وبها يحصل العلم المشاهر م: **(والضبط)** ش: وهو حسن السماع والفهم والحفظ .

م: **(والأداء)** ش: الذي يحصل به للقاضي ، م: **(إذ بالأول يحصل العلم للشاهد)** ش: أي المشاهرة م: **(وبالثاني يبقى)** ش: أي بالضبط يبقى العلم للشاهد م: **(وبالثالث)** ش: أي بالأداء م: **(يحصل العلم للقاضي ، ولهذا)** ش: أي ولكون القبول أصلاً فيها م: **(يقبل إخبارها)** ش: بكسر الهمزة م: **(في الأخبار)** ش: بفتح الهمزة وهي الأحاديث والآثار .

م: **(ونقصان الضبط)** ش: هذا جواب عن قول الشافعي -رحمه الله- وإحلال الضبط تقريره أن يقال إن ذلك بعد التسليم أن نقصان الضبط م: **(بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى)** ش: أي بالمرأة الأخرى م: **(إليها)** ش: أي إلى المرأة الواحدة م: **(فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة)** ش: أي شبهة البدلية ، ولم يذكر المصنف -رحمه الله- الجواب عن قول الشافعي-رحمه الله- «لنقصان العقل» ، ولا عن قوله «لقصور الولاية » .

فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن ، قال: وتقبل في الولادة ، والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يُطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة . لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع

والجواب عن الأول: أنه لا نقصان في عقلهن ، فما هو مناط التكليف ؟ وبيان ذلك ، أن للنفس الإنسانية أربع مراتب : الأولى : استعداد الفعل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم ، والثانية : أن تحصل البديهيات وهو مناط التكليف .

والثالثة : أن يحصل النظريات المفروغ منها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ويسمى العقل بالعقل .

والرابعة : هو أن يستحضرها ويتلفت إليها مشاهرة ، ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها ، وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالتهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في الجزئيات ، فإنه لو كان في ذلك نقصان ، لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان ، وليس كذلك . وقوله ﷺ : « ناقصات عقل »، المراد به العقل بالفعل ، فلذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة ، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً ، فتأمل .

م: **(فلهذا)** ش: أي فلأجل شبهة البدلية م: **(لا تقبل)** ش: أي شهادتهن م: **(فيما يندرئ بالشبهات)** ش: وتقبل فيما يثبتها م: **(وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات)** ش: أراد به النكاح والطلاق ، فظاهر ثبوتها مع الهزل ، وأما الوكالة ، والإيصاء ، والأموال ، فإنه يجزئ فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة ، وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة ، فكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال .

م: **(وعدم قبول الأربع)** ش: هذا جواب عن قول الشافعي -رحمه الله- : ولا يقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلى عدم قبول شهادة الأربع م: **(على خلاف القياس)** ش: لأن القياس يقتضي قبول ذلك، ولكنه ترك ذلك م: **(كيلا يكثر خروجهن)** ش: لأن في كثرة خروجهن كشفهن وافتضاحهن ، وهو ممنوع .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وتقبل في الولادة ، والبكارة ، والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)** ش: وقال مالك -رحمه الله- : ويجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الآباء ، ولا يجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة . وبه قال ابن أبي ليلى ، كذا في« المبسوط» ، وهو قول الثوري-رحمه الله .

م: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش:أي لقول النبي ﷺ م: **(شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع**

الرجال النظر إليه . والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، فيتناول الأقل ، وهو حجة على الشافعي - رحمه الله - في اشتراط الأربع ،

الرجال النظر إليه)[1] ش هذا غريب .

وروى عبد الرزاق -رحمه الله- في «مصنفه» : أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب الزهري -رحمه الله- قال : مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل فيما يلين من ولادة المرأة ، واستهلال الجنين ، وفي غير ذلك من أمر النساء الذي لا يطلع عليه ولا يليه إلا هن . وقال أيضاً : أخبرنا أبو بكر عن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن الحكيم عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال : لا يجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن . وقال أيضاً : أخبرنا الثوري -رحمه الله - عن جابر الجعفي عن عبد الله بن يحيى : أن علياً -رضي الله عنه - أجاز شهادة المرأة القابلة وحدها في الاستهلال ، والجعفي ضعيف وكذلك ابن يحيى وقال أيضاً : أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى السلمي ، أخبرني إسحاق عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب -رضي الله - عنه أجاز شهادة امرأة في الاستهلال .

م: **(والجمع المحلى بالألف واللام)** ش: أراد بهذا وجه بيان الاستدلال بالحديث الذي ذكره وهو أن الألف واللام إذا دخلا على الجمع م: **(يراد به الجنس)** ش: لأنه ليس ثمة معهود م: **(فيتناول الأقل)** ش: وهو الواحد ، لبطلان العدد بواسطة الجنسية .

وقال الكاكي -رحمه الله - : يؤيده أن حذيفة -رضي الله عنه - روى الحديث : أنه ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة . وقال الأترازي -رحمه الله - : أصحابنا رووا في «الأسرار» وغيره عن حذيفة -رضي الله عنه - « **أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة**[2] ، انتهى .

قلت : رواه محمد بن عبد الملك الواسطي ، عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة -رضي الله عنه - إلى آخره . وقال : هذا لا يصح ، وقال الدارقطني : أبو عبد الرحمن المدائني : مجهول .

م: **(وهو)** ش: أي الحديث الذي ذكره م: **(حجة على الشافعي -رحمه الله - في اشتراط الأربع)**

---

(١) قال الزيلعي : غريب . روى عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا الحسن بن جريج عن ابن شهاب قال : مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن .

(٢) ضعيف : رواه الدارقطني في « الأقضية» (٤/ ٢٣٣) من طريق محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة . . مرسلاً قال الدارقطني : محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني : ثم خرجه عن محمد بن عبد الملك عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش به .

ولأنه إنما سقطت الذكـورة ليخف النظر ؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف ، فكذا يسقط اعـتبار العدد ، إلا أن المثنى والثـلاث أحوط لما فيـه من معنى الإلزام ثم حكمهـا في الولادة ، شرحناه في الطلاق وأما حكم البكارة ، فإن شهدن أنهـا بكر يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد ، إذ البكارة أصل،

ش: من النساء ، وهو قول عطاء أيضاً .

وللشافعي -رحمه الله- أن يقول هذا الحديث غير صحيح فكيف يكون حجة له؟! وليس لنا إلا ما ذكرناه عن عبد الرزاق -رضي الله عنه -وبقولنا قال أحمد -رحمه الله- وهو قول الحسن البصري -رضي الله عنه- م: **(ولأنه)** ش: دليل معقول لنا ، أي ولأن الشأن م: **(إنما سقطت الذكورة)** ش: يعني إنما سقطت صفة الذكورة والاتفاق م: **(ليخف النظر)** ش: أي النظر إلى العورة حرام،إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها م: **(لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف)** ش: لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف لأن شهوتهن إليهن أقل من نظر الرجل إلى عورتهام: **(فكذا)** ش: أي فلأجل ذلك م: **(يسقط اعتبار العدد)** ش: لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة .

م: **(إلا أن المثنى والثلاث أحوط)** ش: لزيادة طمأنينة القلب م: **(لما فيـه من معنى الإلزام)** ش: لأن فيه شبهاً بالشهادة

وقال تاج الشريعة -رضي الله عنه- : قوله : من معنى الإلزام النسبة ، وقال الأكمل-رحمه الله - واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة لأن لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها ، لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة، والجواب أن يقال خفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد .

ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه [. . .] فقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا م: **(ثم حكمها)** ش: أي حكم شهادة امرأة واحدة م: **(في الولادة شرحناه في الطلاق)** ش: يعني في باب ثبوت النسب عند قوله ، فإن صحة الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، فينظر فيه هناك .

م: **(وأما حكم البكارة)** ش: فإنها سواء كانت المرأة مهنيراً ومبيعة ، لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما ، فإذا نظرت إليها وشهدت ، فإما أن يؤيد شهادتهن بمؤيد أو لا ، فإن كان الأول ، كانت شهادتهن حجة ، وإن كان الثاني ، فلا بد أن يضم إليها ما يؤيدها ، فعلى هذا . م: **(فإن شهدن أنها بكر)** ش: فإن كانت معزة م: **(يؤجل في العنين سنة ويفـرق بعدها)** ش: أي بعد سنة م: **(لأنها)** ش: أي لأن شهادتهن م: **(تأيدت بمؤيد ، إذ الـبكارة أصل)** ش: بيانه أن امرأة العنين مع زوجها ، إذا اختلفا بعد مضي المدة ، فقال : هو وصلت إليها فقالت هي : لم يصل إلي فإنها ترى النساء ، فإن قلن : هي بكر ، فإنها تخير، فلو اختارت الفرقة ، فوق القاضي بينهما

وكذا في رد المبيعة ، إذا اشتراهـا بشرط البكارة ، فإن قلن إنها ثيب ، يحـلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن ، والعيب يثبت بقولهن ، فيحلف البائع. وأمـا شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة -رحمه الله- في حق الإرث ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة؛لأنها من أمـور الدين . وعندهما تقـبل في حق الإرث أيضًا ؛ لأنه صـوت عند الولادة ، ولا يحضـرها الرجال عادة ، فصار

وأثبت الفرقة بقولهن لفائدة بشهادة الأصل وهي البكارة .

م: (**وكذا في رد المبيعة**) ش: إذا كان جارية م: (**إذا اشتراها بشرط البكارة**) ش: بيانه إذا اشترى رجل جارية على أنها بكر ، ثم اختلفا قبل القبض أو بعده ، فقال البائع : هي بكر في الحال ، فإن القاضي يريها النساء م: (**فإن قلن إنـها ثيب**) ش: لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن ؛ لأن الفسخ حق قوي ، وشهـادتهن حجة ضعيفة ، لم تتأيد بمؤيد ، لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع م: (**يحلف البائع**) ش: لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن لم يكن قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر ، فإن نكل يرد عليه . وإن حلف لزم المشتري م: (**لينضم نكوله**) ش: أي نكول البائع م: (**إلى قولهن**) ش: فترد م: (**والعيب يثبت بقولهن**) ش: هذا جواب بما يقال شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ، فيجب الرد بقولهن ، والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بقوله، والعيب يثبت بقولهن أي في حق سماع الدعوى وحق التحليف م: (**فيـحلف البائع**) ش: فإن المشتري إذا ادعى عيبًا في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف ، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل ، فإذا قلن إنها ثيب ، يثبت العيب في الحال ، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده .

م: (**وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة** -رحمه الله- **في حق الإرث لأنه مما يطلع عليـه الرجال**) ش: أي لأن الاستـهـلال وهو صـوت الصـبي عند الولادة ، وهـذا ممـا يطلع الرجال، فلا يكون شهادتـهن فيه حجة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول ، وإن لم يحضر الرجال فشهادتهن كشهادتهن على جراحات الدنيا في الجماعات ، وإن لم يحضر الرجال بخلاف الولادة ، فإنها انفصال الولد من الأم ، فلا يطلع عليه الرجال م: (**إلا في حق الصـلاة**) ش: أي تقبل شهادة المرأة الواحدة الحرة على استهلال الصبي في حق الصلاة عليه فإنها تجوز بالاتفاق م: (**لأنهـا**) ش: أي لأن حق الصـلاة م: (**من أمـور الدين**) ش: فشـهـادة الواحـدة حجـة في ذلك ، كشهادتها هلال رمضان .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومـحـمـد -رحمـهـمـا الله- : م: (**تقبل في حق الإرث أيضًا لأنه**) ش: أي لأن استهلال الصبي م: (**صوت عند الولادة ، ولا يحـضرها الرجال عادة ، فـصار**

كشهادتهن على نفس الولادة .قال ، ولا بد في ذلك كله من العدالة ، ولفظه الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة شهادة ، وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته ، أما العدالة فلقوله تعالى : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ (البقرة الآية :٢٨٢). والمرضي من الشاهد هو العدل، ولقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ (الطلاق الآية : ٢). ولأن العدالة هي المعينة للصدق ؛ لأن من يتعاطي غير الكذب قد يتعاطاه. وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهًا في الناس ذا مروة ، تقبل شهادته ؛ لأنه لا يستأجر لوجاهته ، ويمنع عن الكذب لمروءته . والأول أصح

كشهادتهن على نفس الولادة) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله- في قول .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا بد في ذلك كله**) ش: أي في جميع ما ذكر من أنواع الشهادة م: (**من العدالة ولفظة الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظة شهادة ،وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته . أما العدالة فلقوله عز وجل :﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾** (البقرة : الآية ٢٨٢) **والمرضي من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى :﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾** (الطلاق : الآية ٢) ش: والفاسق ليس بمرضي .

ولا خلاف فيه للفقهاء ، ولو أن الشهادة حجة باعتبار الصدق ، وهو معنى قوله م: (**ولأن العدالة هي المعينة للصدق ؛ لأن من يتعاطى**) ش: من التعاطي ، وهو التناول م: (**غير الكذب قد يتعاطاه**) ش: أي لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه ، فقد يتعاطاه أيضًا ويقدم على شهادة الزور أيضًا ، فترد شهادته للتهمة .

م: (**وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهًا**) ش: أي ذا قدر وشرف م: (**في الناس ذا مروءة**) ش: أي إنسانية ، وفي المروءة لغتان ، الهمزة وتشديد الواو م: (**تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمنع عن الكذب لمروءته**) ش: لأنه لا يرضى أن يعرف بين الناس بالكذب ، فمروءته تمنعه عن ذلك ، وكذلك لا يرى لنفسه أن يستأجر على شهادة الزور خوفًا أن يسلم في وجاهته م: (**والأول**) ش: وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقًا ذا وجاهة أولاً م: (**أصح**) ش: لإطلاق قوله عز وجل: **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم**) ش: (الطلاق : الآية ٢) وقوله : **﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾** (الحجرات : الآية ٦) .

ولأن قبول الشهادة والعمل بها إكرام الشهادة وقال عليه السلام : « **أكرموا الشهود ..** » الحديث، وفي حق الفاسق أمرنا بخلاف ذلك ، قال عليه السلام : « **إذا لقيت الفاسق ، فالقه بوجه مكفهر** » أي شديد العبوسة ، ولا مروءة لمن يكون معلنًا بفسق شرعًا ، كذا في« المبسوط».

إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق ، يصح عندنا . وقال الشافعي -رحمه الله-: لا يصح، والمسألة معروفة . وأما لفظة الشهادة ، فلأن النصوص نطقت باشتراطها ، إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة توكيد ، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين ، كقوله : أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد ،وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح ؛

م: (**إلا أن القاضي**) ش: أي لكن القاضي م: (**لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي - رحمه الله- لا يصح**) ش: وقال الشافعي -رحمه الله- لا تقبل شهادة الفاسق ولا يجوز قضاؤه .

م: (**والمسألة معروفة**) ش: وقد مر الكلام فيها في أوائل كتاب« أدب القاضي» م: (**وأما لفظ الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها ، إذ الأمر فيها**) ش: أي في النصوص م: (**بهذه اللفظة**) ش: أي لفظة الشهادة . قال الله تعالى : ﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾ (الطلاق : الآية ٢) ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) ، وقال ﷺ : «**إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع** » م: (**ولأن فيها**) ش: أي لفظ الشهادة م: (**زيادة توكيد**) ش: لدلالتها على الشهادة .

م: (**فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين ،كقوله: أشهد بالله ، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة**) ش: أي بلفظة الشهادة م: (**أشد**) ش: والنصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فيقتصر على مورد النص ، ولا يقال: جاء الأمر بالتكبير بلفظ التكبير ، قال الله تعالى : ﴿ **وربك فكبر** ﴾ (المدثر : الآية٣) ، ومع ذلك أجاز أبو حنيفة -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- تبديله بلفظ آخر ، مثل الله أجل وأعظم لأنا نقول : إن التكبير للتعظيم .

وفي قوله «أعظم» صريح التعظيم، فكان مثله من كل وجه بل أزيد ، فيلحق به دلالة أما الشهادة فتنبني عن المشاهدة والعيان ، ولهذا يذكر للقسم فكانت له زيادة وكادة في الإخبار على قوله أتيقن أو أعلم ، فلا يمكن إلحاقها بلفظ الشهادة .

م: (**وقوله**) ش: أي قول القدوري -رحمه الله- في «مختصره» م: (**في ذلك كله**) ش: أى في جميع ما تقدم م: (**إشارة إلى جميع ما تقدم**) ش: من أنواع الشهادة م: (**حتى يشترط العدالة . ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة .

وفي« المنتقى» إن لفظة الشهادة والحرية غير معتبرة . وحكي عن الكرخي -رحمه الله-: أن الشهادة على الولادة ليست بشهادة ، وإنما هي خبر وإليه ذهب صاحب «المختلف» ، والذي قاله

لأنها شهادة لما فيه من معنى الإلزام ،حتى اختص بمجلس القضاء ، ويشترط فيه الحرية والإسلام ، قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام :« المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف »،

القدوري -رحمه الله- هو الذي اختاره مشايخ بلخ -رحمهم الله .

وقال الأترازي -رحمه الله-: وعليه مشايخنا .

وقال التمرتاشي -رحمه الله- : قال في «شرح بكر» : قال مشايخ بخارى وبلخ : يشترط لفظة الشهادة ، وقال مشايخ العراق : لا يشترط كما في شهادة هلال رمضان م: (**لأنها**) ش: أي لفظ شهادة النساء بالولادة م: (**شهادة**) ش: وليست بمجرد إخبار م: (**لما فيه من معنى الإلزام**) ش: أي إلزام النسب م: (**حتى اختص**) ش: أي لفظ شهادة النساء م: (**بمجلس القضاء**) ش: فلا يعتبر في غير مجلس القاضي .

م: (**ويشترط فيه**) ش: قال الأترازي -رحمه الله- أي في الشاهد : م: (**الحرية والإسلام**) ش: في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة ، والظاهر أن الضمير في قوله فيه ، أي في اشتراط لفظة الشهادة في شهادة النساء بالولادة يشترط الحرية والإسلام أيضًا ، ويؤيده نسخة شيخنا العلاء -رحمه الله- ، ولهذا يشترط الحرية والإسلام أي ولأجل ما فيه من معنى الإلزام ، واختصاصه بمجلس القضاء ، يشترط في شهادة النساء بالولادة الحرية والإسلام حتى لو كانت أمة أو كافرة لا تقبل .

م: (**قال أبو حنيفة -رحمه الله-: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم ، لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»**) ش:[1] هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ، حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ . . . إلى آخره م: (**ومثل ذلك مروي عن عمر - رضي الله عنه -**) ش: أي مثل ما روي عن النبي ﷺ روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، هذا رواه الدارقطني في «سننه» مطولاً جداً عن عبد الله بن أبي المليح الهذلي ، قال : كتب عمر - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - :

أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة . . . الحديث ، وفيه : « المسلمون عدول

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٦/ ١٧٢) من طريق حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . مرفوعًا . وإسناده ضعيف لضعف الحجاج بن أرطاة وهو مدلس .

ومثل ذلك مروي عن عمر - رضي الله عنه - ، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه ، وبالظاهر كفاية ، إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص ، فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها ، فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارئة ، وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية ،لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبًا للترجيح ،

بعضهم على بعض إلا محدودًا في حد أو مخبر بما في شهادة زور ، أو ظنينًا في ولادة أو قرابة .

وقال الدارقطني : وعبد الله بن حميد ضعيف ، وقال النسائي -رحمه الله- : متروك الحديث، وقال البخاري -رحمه الله- : منكر الحديث ، واسم أبي حميد عالية بن الخطاب الهذلي الكوفي -رحمه الله .

م: (**ولأن الظاهر**) ش: في حال المسلم م: (**هو الانزجار عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية**) ش: فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ، وها هنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة .

قيل في جواب: ه ما أشار إليه المصنف بقوله : م: (**إذ لا وصول إلى القطع**) ش: أي لا إمكان للوصول إلى الدليل القطعي ، إلا الظاهر لأنه لو لم يكتف بالظاهر ، احتيج إلى التزكية، وقبول قول المزكي في التعديل أيضًا عمل بالظاهر ، إذ لو لم يعمل بقوله لاحتيج إلى مزك آخر ، ويرد ذلك في الثالث والرابع ، فيؤدي إلى الدور والتسلسل .

وقال الأكمل -رحمه الله- : يجوز أن يقال الظاهر هنا ، اعتبر للدفع لا للاستحقاق ، لأن دعوى المدعي وإنكاره الخصم تعارضًا ، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك ، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة ، فكان واقعًا م: (**إلا في الحدود والقصاص**) ش: استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص م: (**فإنه**) ش: أي فإن الحاكم م: (**يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها**) ش: أي لإسقاط الحدود ، لأن مبناها على الدرء م: (**فيشترط الاستقصاء فيها**) ش: إذ السؤال عن العدالة ربما يفضي إلى الدرء فيجب السؤال احتيالاً له م: (**ولأن الشبهة فيها**) ش: أي في الحدود م: (**دارئة**) ش: أي العدالة وإن كانت ظاهرة ، وكذا احتمال كونه غير عدل ثابت ، فتعمل هذه الشبهة بالدرء .

م: (**وإن طعن الخصم فيهم**) ش: أي في الشهود م: (**يسأل عنهم في السر والعلانية**) ش: يعني في غير الحدود والقصاص ، لأن في الحدود والقصاص يسأل قبل الطعن م: (**لأنه تقابل الظاهران**) ش: يعني كما أن الظاهر أن الشهود لا يكذبون ، فكذا الظاهر أن الخصم لا يكذب في طعنه ، فإذا كان كذلك م: (**فيسأل**) ش: الحاكم عنهم أي عن الشهود م: (**طلبًا للترجيح**) ش: بين المتعارضين .

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله -:لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق ، لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان .وقيل :هذا اختلاف عصر وزمان ،والفتوى على قولهما في هذا الزمان . قال: ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل ، وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد : -رحمهما الله-: لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق**) ش: يعني سواء طعن الخصم أو لم يطعن في جميع الدعوى . وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- ، وقال مالك -رحمه الله- : من كان مشهودًا [له] بالعدالة ، لم تسأل عنه ، ومن عرف جرحه رد شهادته وإنما يجب السؤال مهما شك م: (**لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة**) ش: يقال: تعرفت ما عنده أي تطلبته منه حتى عرفته م: (**وفيه**) ش: أي في تعرفه م: (**صون قضائه**) ش: أي حفظه م: (**عن البطلان**) ش: على تقدير ظهور الشهود عبيدًا أو كفارًا ، فيبطل القضاء .

م: (**وقيل:هذا**) ش: أي هذا الخلاف م: (**اختلاف عصر وزمان**) ش: لا اختلاف حجة وبرهان بيانه أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - ، كان في القرن الثالث الذي شهد النبي ﷺ بالخيرية لأهله حيث قال : « **خير القرون رهطي الذي أنا فيهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ، ويشهد قبل أن يستشهد** » وهذا كان في القرن الرابع الذي شهد النبي عليه السلام بفشو الكذب في أهله ، فلهذا شرط الاستكشاف ، ولو شاهد أبو حنيفة -رحمه الله- ذلك لقال بقولهما ، ولهذا قال المصنف : م: (**والفتوى على قولهما في هذا الزمان**) ش: أي على قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله .

م: (**قال: ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة**) ش: أي الرقعة يكتب فيها القاضي أمام الشهود وحلاهم م: (**إلى المعدل**) ش: بكسر الدال سميت بالمستورة؛ لأنها تستر عن نظر العوام م: (**فيها**) ش: أي المستورة بيان م: (**النسب**) ش: أي نسب الشهود م: (**والحلي**) ش: بكسر الحاء المهملة وتخفيف اللام مقصورًا جمع حلية .

وفي «المغرب» : حلية الإنسان صفته وجاء الضم في الحاء في الجمع والكسر أفصح م: (**والمصلى**) ش: أي قيل أراد به الجلسة والظاهر أن المراد به مسجد المحلة م: (**ويردها المعدل**) ش: أي يرد المعدل المستورة م: (**وكل ذلك في السر كيلا يظهر**) ش: أي المعدل م: (**فيخدع**) على صيغة المجهول بالنصب لأنه جواب النفي ، أي يخدع بالمال م: (**أو يقصد**) ش: مجهول أيضًا منصوب ، لأنه عطف على يخدع ، أي يقصد بالإضرار إذا كان ظاهرًا .

وفي «المحيط» و«فتاوى قاضي خان» : وينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو أوثق الناس وأوزعهم وأكرمهم وأكثرهم أمانة وخبرة ، وأعلمهم بالتمييز فطنة قبولية المسألة ، ثم يكتب في رقعة أسماء الشهود حماية بأنسابهم وحلاهم وقبائلهم ومحلاتهم ورخاءهم، ويبعث ملك الرقعة على يد أمين مختومة ولا يطلع أحد على ما في يد أمين حتى لا يخدع بالرشوة

ولو كان المزكي بعيداً ويجعل أجرة الأمين على المدعي ، وثمن الصحيفة الذي يكتب فيها أساميهم عليه أيضًا ، ثم المزكي يسأل عنهم من أهل حرفتهم ، ومن جيرانهم وأهل محلتهم ، فإن لم يجد فمن أهل سوقهم ، فإذا قال المسئول عنه : هو عدل ، يكتب المزكي في آخر الرقعة أنه عدل مرضي عندي جائز الشهادة ، ولا يكتب أنه غير عدل غير مرضي .

وفي «فتاوى قاضي خان» -رحمه الله- : من عرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه، بل يكتب احترازاً عن هتك الستر ، ويقول : الله أعلم ، إلا إذا خاف أن القاضي يقضي بشهادته بتعديل غيره ، فحينئذ يصرح بذلك .

ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور، ثم يبعثه بتلك الرقعة إلى القاضي سراً ، ثم القاضي إن شاء جمع بين تزكية السر وبين تزكية العلانية .

وفي «الذخيرة» : ينبغي أن يكون المزكي صاحب خبرة ، ولا يكون منزويًا لا يخالط الناس ، لأنه إذا لم يخالطهم ، لا يعرف العدل من غير عدل ، وينبغي أن لا يكون طماعًا ولا فقيراً ، حتى لا ينخدع بالمال .

فإذا لم يجد المزكي أهل مسجده أو أهل محلته أو سوقه يسأل أهل مجلسه ، فإن وجد كلهم غير ثقات يعتبر في ذلك تواتر الأخبار ، ولو لم يعرف الشهود بالعدالة ، فأخبره رجلان عدلان عين النسب .

وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة -رحمه الله- يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف إذا كانوا عدولاً ، ولا يجوز في تزكية العلانية ، إلا من يجوز شهادته لأن تزكية السر من الإخبار بأمر ديني ، وقول هؤلاء في الأمور الدينية إذا كانوا عدولاً مقبولاً في روايتهم الإخبار شهادتهم بهلال رمضان ، أما العلانية نظير الشهادة من حيث أن القضاء لا يجب إلا بها كالشهادة، ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة ، حتى لا يجوز تزكية الوالد لولده ، وعلى العكس في السر جائز .

وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره، وقد كانت العلانية، وحدها في الصدر الأول، ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزاً عن الفتنة، ويروى عن محمد -رحمه الله- تزكية العلانية بلاء وفتنة، ثم قيل: لابد أن يقول المعدل هو، حر، عدل، جائز الشهادة، لأن العبد قد يعدل، وقيل: يكتفى بقوله هو عدل؛ لأن الحرية ثابتة بالدار، وهو أصح قال: وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم أنه عدل معناه قول المدعى عليه.

م: (**وفي العلانية**) ش: أي وفي التزكية العلانية م: (**لابد أن يجمع**) ش: الحاكم في مجلس القضاء م: (**بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره**) ش: لأن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة، فيقول المعدل هذا الذي عدالته يشير إلى الشاهد م: (**وقد كانت العلانية**) ش: أى التزكية العلانية م: (**وحدها**) ش: يعني بدون تزكية السر م: (**في الصدر الأول**) ش: أي الصحابة -رضي الله عنهم- لأن القوم كانوا صلحاء، والمعدل كان لا يوفي عن الجرح، لأنهم كانوا لا يقابلونه بالأذى لو جرحهم، وفي زماننا ليس كذلك م: (**ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزاً عن الفتنة، ويروى عن محمد -رحمه الله-: تزكية العلانية بلاء وفتنة**) ش: لأن الشهود يقابلون المزكي إذا جرحهم بالأذى ويقع بينه وبينهم العداوة.

م: (**ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل هو**) ش: أي الشاهد م: (**حر، عدل، جائز الشهادة، لأن العبد قد يعدل، وقيل: يكتفي بقوله**) ش: أي بقول المعدل م: (**هو عدل**) ش: ولا يشترط أن يقول هو عدل جائز الشهادة م: (**لأن الحرية ثابتة بالدار**) ش: لأن الدار دار الإسلام.

وقال المصنف: -رحمه الله-: م: (**وهو أصح**) ش: وبه قال أصحاب الشافعي، وأحمد -رحمهما الله-، وقال مالك: -رحمه الله-: لا من ذكر العدالة والرضاء، بأن يقول هو عدل مرضي، ولا يقتصر على أحد الوصفين، ذكره في «الجواهر».

م: (**قال: وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود**) ش: بيان هذا أن أبا حنيفة -رحمه الله- قال: على طريقة قوله في المزارعة من التحريج على قول من يقول بالسؤال إذا سئل م: (**لم يقبل قول الخصم**) ش: وهو المدعى عليه م: (**أنه عدل**). وفسر المصنف -رحمه الله- الخصم بقوله: م: (**معناه قول المدعى عليه**) ش: وكذا فسرناه، ولفظ «الجامع الصغير»: محمد -رحمه الله- عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه قال في قوله: من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال: «الخصم المشهود عليه» هو عدل حتى يسأل عنه، انتهى.

وذلك لأن من أصل أبي حنيفة -رحمه الله-: أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير

وعن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- أنه يجوز تزكيته ، لكن عند محمد -رحمه الله - يضم تزكية الآخر إلى تزكيته ؛لأن العدد عنده شرط .ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره، مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً ، وموضوع المسألة إذا قال :هم عدول ، إلا أنهم أخطأوا أونسوا ، أما إذا قال: أو هم عدول صدق فقد اعترف بالحق .

الحدود والقصاص إلا إذا طعن الخصم وهذا إذا سئل عنهم على قول من رأى ذلك ، فقال المشهود عليه : هو عدل ، لا يكفي ذلك ، حتى يسأل غيره لأن تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال ، بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته .

م: (**وعن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله-: أنه يجوز تزكيته**) ش: أي تزكية الخصم ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول وفي قول آخر: لا تجوز .

م: (**لكن عند محمد -رحمه الله-**) ش:: إنما يجوز م: (**يضم تزكية الآخر إلى تزكيته ؛ لأن العدد عنده شرط**) ش: أي عند محمد -رحمه الله- ،وفي بعض النسخ : لأن العدد عنده شرط .

وفي «جامع قاضي خان» -رحمه الله-: هذا إذا كان المدعى عليه يصلح مزكيًا ، فإن كان فاسقًا أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ، ولم يجحد فلما شهدوا قال: هم عدول ، لا يصح هذا التعديل ، لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل ، ولم يوجد وعن محمد -رحمه الله-: أن القاضي يسأل عن المدعى عليه شهدوا عليك بحق أو بغير حق . فإن قال بحق فهو إقرار، وإن قال بغير حق ، لا يقضى بشيء .

م: (**ووجه الظاهر**) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (**أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره ، مبطل في إصراره**) ش: بالصاد المهملة ، والإصرار هو الثبات على الشيء أي الخصم مبطل في ثباته على الإنكار م: (**فلا يصلح معدلاً**) ش: لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق .

م: (**وموضوع المسألة**) ش: هذا جواب عما يقال تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً ، لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق .

فأجاب المصنف -رحمه الله- بقوله : وموضوع المسألة ، يعني الذي يثبت عليه هذه المسألة م: (**إذا قال**) ش: أي المدعي : م: (**هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا**) ش: ومثل هذا ليس بإقرار بالحق وفيه نظر ، لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره ، فيصدق في الإقرار على نفسه ، ويرد الغير للتهمة .

وأجيب : بأن الإقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان ، فأنى يكون إقراراً . م: (**أما إذا قال: صدقوا أو هم عدول صدقة**) ش: جمع صادق م: (**فقد اعترف بالحق**)

قال : وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز ، والاثنان أفضل ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -وقال محمد -رحمه الله-:لا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكي ، وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد . له أن التزكية في معنى الشهادة ؛ لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية ، فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص .

ش: فيقضي القاضي عليه باعترافه لا بالشهادة .

م: (**قال**) ش: أي محمد : -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (**وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل**) ش: عن صيغة المجهول م: (**عن الشهود واحداً جاز**) ش: لأنه ليس بشهادة ، فلا يشترط في الخبر العدد م: (**والاثنان أفضل**) ش: لأنه أحوط م: (**وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله-**) ش: وبه قال مالك -رحمه الله- ، وأحمد -رحمه الله- في رواية .

م: (**وقال محمد -رحمه الله-: لا يجوز إلا اثنان**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد-رحمهما الله- في رواية م: (**والمراد منه**) ش: أي من رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود م: (**المزكي**) ش: وهو المرسل إليه فكان قوله الذي يسأل عن الشهود صفته الرسول ، وتفسيره والذي يسأل عنه عن الشهود هو المزكي م: (**وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد**) ش: يعني يكفي الواحد للتزكية والرسالة والترجمة عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- ، وبه قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية .

وعند محمد -رحمه الله- : لابد من اثنين . وقال الشافعي -رحمه الله- ، وأحمد -رحمه الله- والترجمة جائزة إذا كان القاضي لا يعرف نساءهم . والنبي ﷺ صنع في حق سلمان - رضي الله عنه - ، فقال: ترجم كلامه إذا فسره بلسان آخر .

وفي «الخلاصة» الترجمان : إذا كان أعمى ، فعن أبي حنيفة -رحمه الله- : لا يجوز ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- : أنه يجوز م: (**له**) ش: أي لمحمد -رحمه الله- م: (**أن التزكية في معنى الشهادة ، لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص**) ش: بإجماع الأئمة الأربعة -رحمهم الله- وكذلك في القصاص .

وذكر في «المختلف والحصر» في كتاب الحدود من باب أبي حنيفة -رحمه الله- : يشترط الذكورة في المزكي عند أبي حنيفة -رحمه الله- خلافًا لهما ، ويشترط أيضًا عند الأئمة الثلاثة فيما لا يثبت بشهادة النساء ، وعلى هذا الخلاف الجرح ، فعندهما يثبت بواحد ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- . وعند محمد-رحمه الله- : لا بد من اثنين . وبه قال الشافعي وأحمد

ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ، ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة . ومجلس القضاء، واشتراط العدد أمر حكمي في الشهـادة ، فلا يتعداها ، ولا يشترط أهلية الشهـادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مـزكيًا ، فأما في تزكية العـلانية، فهو شرط ، وكذا العدد بالإجـماع على ما قاله الخصاف -رحمه الله - لاختصاصها بمجلس القضاء ، قالوا يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد -رحمهما الله .

-رحمه الله- في رواية .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله-: م: (**أنه**) ش: أي أن التزكية م: (**ليس في معنى الشهادة ، ولهذا**) ش: أي لعدم كونه في معنى الشهادة ، م: (**لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء**) ش: فلا يشترط فيها ما يشترط في الشهادة م: (**واشتراط العدد أمر حكمي**) ش: أي تعبدي ثبت بالنص على خلاف القياس م: (**في الشهادة فلا يتعداها**) ش: أي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية م: (**ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيًا**) ش: لمولاه وغيره .

م: (**فأما في تزكية العلانية ، فهو شرط وكذا العدد بالإجماع**) ش: شرط م: (**على ما قاله الخصاف -رحمه الله- لاختصاصها بمجلس القضاء**) ش: وقال في «الخلاصة» : شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر . أما عندنا فالذي تزكيهم في العلانية ذكره في الفصل الثاني من كتاب القضاء .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ -رحمهم الله- : م: (**يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد -رحمه الله-**) ش: الأربعة من الذكورفي الزكيين ، ذكره في «الذخيرة» .

* * *

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين: أحدهما :يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع الشاهد أو رآه ، وسعه أن يشهد به ،وإن لم يشهد عليه ، لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن في إطلاق الأداء قال الله تعالى : ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ (الزخرف الآية ٨٦) ش:. وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » .

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام تتعلق بأداء الشهادة ، بأن الشاهد كيف يشهد عند القاضيم: (**وما يتحمله الشاهد على ضربين**) ش: أي على نوعين م: (**أحدهما يثبت حكمه بنفسه**) ش: أي بلا احتياج إلى الإشهاد م: (**مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه**) ش: الذي سمعه مثل البيع والإقرار ، وحكم الحاكم هذا من المسموعات ، والذي رآه مثل الغصب والقتل ، ونحو ذلك من المبصرات م: (**وسعه**) ش: ويسع الشاهد م: (**أن يشهد وإن لم يشهد عليه ؛ لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن**) ش: أي العلم بالموجب بنفسه هو الركن م: (**في إطلاق الأداء**) ش: أي في جواز أداء الشهادة .

م: (**قال الله تعالى: ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾** (الزخرف : الآية ٦٨)) ش: بيانه أن الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم ، وقد حصل العلم بالرؤية والسماع ، فتصح الشهادة يدل عليه الإجماع أيضًا . ألا ترى أن رجلاً لو طلق امرأته ثلاثًا أو أعتق عبده أو أمته ، وسمع الرجلان ذلك فجاءت المرأة أو العبد يطلب شهادتهما لم يسمعهما ، ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطء الحرام في المرأة والأمة ، قالوا : إنما يجوز ذلك إذا رأوه أن يفعل ذلك وعرفوا صحته ، فإن سمعا كلامه من وراء حجاب غليظ وحائط لا يرونه ، لم يسمعهم الشهادة لأن الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك .

م: (**وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم :«إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»**) ش: هذا الحديث رواه البيهقي -رحمه الله- في« سننه» ، والحاكم في «المستدرك» ، عن محمد بن سليمان بن مشمول ، حدثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس -رضي الله عنهما - أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة ، فقال : « **هل ترى الشمس ؟ قال: نعم، قال :على مثلها فاشهد أو دع** »[1] قال الحاكم : حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه وتعقبه

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٩٨)من طريق محمد بن سليمان بن مشمول ثنا أبي ثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس مرفوعًا وفيه: هل ترى الشمس؟ قال: نعم ، قال: على مثلها فاشهد ،أو دع . =

قال : ويقول: أشهد أنه باع ، ولا يقول أشهدني ؛لأنه كذب ، ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره ، فسمع إقرار الداخل ولا يراه ، له أن يشهد ، لأنه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم

الذهبي في «مختصره »، فقال : بل هو حديث واه ، فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد ، وقال النسائي : ضعيف ، وقال ابن عدي : عامة ما يرويه لا يتابع عليه في إسناده ، ولا في متنه .

فإن قيل : جعل العلم بالموجب ركنًا في الأداء مخالف للنصين جميعًا ، فإنهما لا بد، لأنه على شرطيته وعلى ركنيته ، إذ الأحوال شروط وهي موضوعة للشرط . أجيب : بأنه مجاز عن الشرط وإنما غير عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه .

م: (**قال: ويقول أشهد أنه باع**) ش: يعني إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها ، واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أنه باع م: (**ولا يقول أشهدني لأنه كذب**) ش: لأنه ما أشهده .

وفي «الذخيرة»: هذا في البيع الصريح ، أما في البيع على سبيل التعاطي ، يشهدون على الآخذ والإعطاء لأن التعاطي بيع حكمي وقيل لو شهدوا على البيع يجوز .

م: (**ولو سمع من وراء الحجاب**) ش: أي قول واحد بعت وقول آخر اشتريت م: (**لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضي**) ش: بأن قال : أشهد بالسماع من وراء الحجاب م: (**لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم**) ش: وهي الكلام الخفي من حد ضرب ، يقال : فلان حسن النغمة إذا كان حسن الصوت في القراءة م: (**إلا إذا كان**) ش: استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان ، أي الشاهد م: (**دخل البيت وعلم أنه ليس فيه**) ش: أي في البيت م: (**أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره**) ش: أي غير الباب م: (**فسمع إقرار الداخل ولا يراه**) ش: فحينئذ يجوز م: (**له أن يشهد**) ش: على إقراره م: (**لأنه حصل العلم في هذه الصورة**) ش: وكان ابن مقاتل لم يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقًا .

وقال أبو الليث -رحمه الله- : إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز ، وإلا لا شرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها كما في «الذخيرة» م: (**ومنه**) ش: هذا بيان للضرب الثاني من الضربين الذين ذكرهما بقوله ، ما يتحمله الشاهد على ضربين أي ما يتحمله الشاهد م: (**ما لا يثبت الحكم**

=قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي في «مختصره » فقال : بل هو حديث واه فإن محمد ابن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد .

فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء ، لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليه ؛لأن الشهادة غير موجبة بنفسها ، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد ، لأنه ما حمله وإنما حمل غيره . ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ؛لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم ، قيل هذا على قول أبي حنيفة -رحمه الله-وعندهما يحل له أن يشهد ، وقيل هذا بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد

فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة) ش: فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد .

م: (**فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليه**) ش: بضم الباقي يشهد لأنه مجهول م: (**لأن الشهادة**) ش: أي شهادة الأصول م: (**غير موجبة بنفسها**) ش:وفي بعض النسخ : غير مثبتة بنفسها م: (**وإنما تصير**) ش: أي الشهادة م: (**موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل**) ش: أي لا بد من الإنابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القاضي .

وقال الأكمل -رحمه الله- : والأول يعني قوله «الإنابة» إشارة إلى مذهب محمد-رحمه الله- فإنه يقول بطريق التوكيل ، ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثاني يعني قوله ، و«التحمل» إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ؛ فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل م: (**ولم يوجد**) ش: أي كل واحد من الإنابة والتحميل .

م: (**وكذا لو سمعه**) ش: أي إذا سمع الشاهد م: (**يشهد الشاهد على شهادته ، لم يسع للسامع أن يشهد؛ لأنه**) ش: أي لأن ذلك الشاهد م: (**ما حمله السامع**) على شهادته م: (**وإنما حمل غيره**) ش: غير السامع ، وهذا بخلاف القاضي إذا شهد على قضيته ، وسمع بذلك آخرون، وسمعهم أن يشهدوا لأن قضاءه حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك ، فيصح التحميل من غير إشهاد . كذا ذكره فخر الإسلام البزدوي -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير » .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ؛ لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم**) ش: وهذا كما رأيت ، لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وكذا لم يذكر في «شرح الأقطع »، وكذلك الخصاف لم يذكر الخلاف في «أدب القاضي» فلأجل هذا قال المصنف -رحمه الله- : م: (**قيل : هذا على قول أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما يحل له أن يشهد**) ش: وكذا ذكر الخلاف في «المختلف» ، وذكر أي القاضي -رحمه الله-، ورووا الخبر كذلك على الخلاف .

م: (**وقيل هذا**) ش: أي عدم الحل بدون تذكر الحادثة م: (**بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد**

القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته ؛ لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك ؛لأنه في يد غيره، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة ، أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت.

القاضي شهادته) ش: أي شهادة شاهد م: **(في ديوانه أو قضيته)** ش: أو وجد حكمه مكتوبًا في خريطته م: **(لأن ما يكون في قمطره)** ش: في خريطته ، وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ما يضاف فيه الكتب .

قال : ليس العلم ما بقي القمطر وما العلم إلا ما وعا الصدر م: **(فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له)** ش: أي للقاضي م: **(العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره)** ش: .

وفي «أدب القاضي» : من «المبسوط» ها هنا ثلاثة فصول أحدها : القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادة ، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- لا يحكم بدون الذكر ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية ، وعند أبي يوسف ، ومحمد -رحمهما الله- : إذا وجد ذلك في قطرة تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية .

والثاني : الشاهد يجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ، ولم يتذكر الحادثة ، والثالث : إذا سمع حديثًا فوجده مكتوبًا بخطه ووجد سماعه مكتوبًا بخط غيره، لا يحل له الرواية عند أبي حنيفة -رحمه الله- بدون التذكر ، ولهذا قلت روايته لمحمد -رحمه الله- أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسرًا .

وقال : يعتمد خطه إذا كان معروفًا . وأبو يوسف - رحمه الله - في مسألة القضاء والرواية أخذًا بالرخصة ، لأن المكتوب كان في يده ، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة ، ولو نسي القاضي قضاءه، ولم يكن مسجلاً فشهد حكمه ولم يمضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - والشافعي - رحمه الله - ، وعند محمد وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله- : يقضي به ويمضيه .

م: **(وعلى هذا)** ش: هذا عطف على قوله ، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أي على ما قيل : من الوجهين من وجه بالاتفاق والاختلاف م: **(إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة)** ش: ولم يتذكر الحادثة م: **(أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت)** ش: لا يحل له أن يشهد بالاتفاق ، وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة -رحمه الله- خلافًا لهما .

قال :ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القضاء فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به ، وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك بالعلم ولم يحصل ، فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام

م: (**قال**) ش:أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب**) ش: طريق معرفة النسب أن يسمع من فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة م: (**والموت**) ش: إذا سمع من الناس أن فلانًا مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك .

وروى ابن سماعة عن محمد -رحمه الله- : إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد م: (**والنكاح**) ش: إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانًا زوجه فلا وسعه أن يشهد أنها زوجته ، وأن لم يعاين عقد النكاح .

م: (**والدخول**) ش: أن يسمع ناسًا يقولون إن فلانًا تزوج بفلانة م: (**وولاية القاضي**) ش: إذا رأى رجلاً قضى لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس أنه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا ، قضى لفلان بكذا وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه م: (**فإنه**) ش: أي فإن الشاهد م: (**يسعه أن يشهد بهذه الأشياء**) ش: الخمسة المذكورة ، وبه قال أحمد -رحمه الله- والشافعي -رحمه الله- في قول ، ومالك -رحمه الله- في رواية : إن كان في غاية الشهرة .

وقال بعض أصحاب الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز في النكاح ، وبه قال مالك-رحمه الله- في رواية م: (**إذا أخبره بها**) ش: أي إذا أخبر المشاهد بهذه الأشياء م: (**من يثق به**) .

م: (**وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز**) ش: الشهادة بالتسامع م: (**لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك**) ش: يحصل م: (**بالعلم ولم يحصل ، فصار**) ش: حكم هذا م: (**كالبيع**) ش: حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة م: (**وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس**) ش: لا يطلع عليها إلا هم م: (**ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون**) ش: كالإرث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي ، وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والإحسان .

م: (**فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الجرح وتعطيل الأحكام**) ش: لأن العادة لم تجر

بخلاف البيع ؛لأنه يسمعه كل أحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار ، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به ،كما قال في الكتاب . ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم ، وقيل في الموت : يكتفي بإخباره واحد أو واحدة ؛

بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الصبي مع أمه ، وينسبونه إلى الأب ، ويقولون : هو ابن فلان ، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنازة تحكموا بأن فلانًا مات ، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد ، فإذا أخبر بعضهم بعضًا أن فلانًا نكح فلانة ، يقتصرون على ذلك في التحقيق .

وكذلك لا يعلم إلا بإمارته ، وكذلك ولاية القاضي ، لا يحضر بها كل أحد فإذا قرئ الحكم وحبس القاضي في مجلس الحكام ، ونظر بين الخصوم وتحققوا أنه قاضي ، ألا ترى أنا نشهد أن عليًا بن أبي طالب - رضي الله عنه - وإن لم نعاين الولادة ، ونشهد أن أبا بكر وسائر الصحابة - رضي الله عنهم - ماتوا وإن لم نعاين الموت ، ونشهد أن عائشة - رضي الله عنها - زوجة النبي ﷺ وإن لم نعاين النكاح وكذا نشهد أنه عليه السلام دخل بها وإن لم نعاين الدخول ، وكذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضيًا وإن لم نعاين ذلك .

م: (**بخلاف البيع ؛لأنه يسمعه كل أحد**) ش: وسبب الملك وهو البدو هو مما يعاينه كل واحد م: (**وإنما يجوز للشاهد**) ش: هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب ، فإن العلم مشروط في الكتاب ، ولا علم فيما نحن فيه ، وتقرير الجواب أن يقال لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه ، فإنه إنما يجوز للشاهد م: (**أن يشهد بالاشتهار ، وذلك**) ش: أي الاشتهار م: (**بالتواتر أو بإخبار من يثق به**) ش: فالأول اشتهار حقيقة ، والثاني اشتهار حكمًا م: (**كما قال في الكتاب**) ش: أي «مختصر القدوري» -رحمه الله- وهذا إشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هذا إذا أخبره بها من يثق به .

وبين المصنف -رحمه الله- أن العدد فيمن يثق به شرط بقوله م: (**ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم**) ش: وهذا على قول أبي يوسف ومحمد-رحمه الله- ، وأما على قول أبي حنيفة -رحمه الله- فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ، وإذا ثبتت الشهرة عندهم بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا ، لأنها توجب زيادة علم شرعًا لا يوجبها لفظ الخبر .

م: (**وقيل في الموت: يكتفى بإخبار واحد أو واحدة**) ش: إنما قال بلفظ قيل ، لأن في الموت اختلاف المشايخ -رحمهم الله- عامتهم على أنه يكتفى بإخبار واحد عدل ، وهو المروي عن ابن سماعة عن محمد -رحمه الله- قال : إذا أخبرك عدل بالموت وسعك أن تشهد به ، وبعضهم

لأنه قلما يشاهد حالة غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة ، ثم إذا فسر لا تقبل ، كذا هذا ، وكذا لو رأى إنسانًا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضيًا ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتًا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج ، كما إذا رأى عينًا في يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ،

قالوا : لا يكتفى بخبر الواحد ، كما في النكاح ، وإليه ذهب ظهير الدين في «فتاواه »، وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإنسان م: (**قلما يشاهد حاله**) ش: أي حال الموت م: (**غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه**) ش: أي الموت م: (**ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح**) ش: فإن فيهما لا بد من عدلين .

وقال شيخي العلاء -رحمه الله- : وها هنا مسألة عجيبة لا رواية بها ، وهو أن الموت إذا لم يعاينه إلا واحد ، فلو شهد عند القاضي ، لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع ، قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله ، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته ، فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما .

ولو شهد واحد بالموت ، وأخبر بالحياة ، فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت ؛ لأنه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه ، وذكر فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفًا ، بأن كان عالمًا أو من العمال أما إذا كان تاجرًا أو من هو مثله لا يجوز إلا بالمعاينة .

م: (**وينبغي أن يطلق أداء الشهادة**) ش: هذا بيان لكيفية الأداء . قوله «**أن يطلق**» أي يقول : أشهد أن فلان بن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - ابن أبي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئًا من ذلك م: (**ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق الشهادة ، ثم إذا فسر**) ش: إنما يشهد لأنه رآه في يده م: (**لا تقبل، كذا هذا ، وكذا**) ش: لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه ، فتكون الشهادة من علم ولا كذلك إذا فسر ، ويقول : سمعت هذا م: (**لو رأى إنسانًا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضيًا ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتًا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينًا في يد غيره**) ش: جاز له أن يشهد بأنها امرأته [كما إذا رأى عينًا في يد غيره] جاز له أن يشهد له به .

م: (**ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله**)

ثم قصر الاستثناء في الكاتب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف - رحمه الله - آخراً أنه يجوز في الولاء ؛لأنه بمنزلة النسب ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام :«الولاء لحمة كلحمة النسب ، وعن محمد رحمه الله -أنه يجوز في الوقف ؛لأنه يبقى على مر الأعصار ، إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ، ولا بد فيه من المعاينة ، فكذا فيما يبتنى عليه .

ش: لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه م: (**ثم قصر الاستثناء في الكاتب**) ش: يعني قصر اعتبار التسامع في« كتاب القدوري» -رحمه الله- م: (**على هذه الأشياء**) ش: أي على الأشياء م: (**الخمسة**) ش: في قوله إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي م: (**ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف**) ش: قوله ينفي خبر لقوله قصر الاستثناء ، وهو مرفوع على الابتداء ، مصدر مضاف إلى مفعوله ، حاصل المعنى لا تجوز الشهادة بالتسامع في الولاء والوقف .

وفي« شرح الأقطع» : قال أبو حنيفة -رحمهما الله- ومحمد -رحمهما الله- : لا تجوز الشهادة بالولاء أي يسمعا المعتق ، هكذا ذكر في الأصل في رواية أبي حفص - رضي الله عنه - ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول ، ثم رجع وقال : شهدوا علي ولا شهود جاز وهو إحدى الروايتين عن محمد -رحمه الله- وهو معنى قوله : م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله- آخراً: أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب**) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- وبعض أصحاب الشافعي م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام :«الولاء لحمة كلحمة النسب»**[1]) ش: والشهادة على النسب جائزة بالتسامع فكذا على الولاء ، ألا ترى إنما نشهد أن قنبر مولى علي - رضي الله عنه - وأن عكرمة مولى ابن عباس - رضي الله عنهما - وإن لم ندرك .

م: (**وعن محمد -رحمه الله-: أنه**) ش: أي التسامع أي الشهادة به م: (**يجوز في الوقف ؛لأنه يبقى على مر الأعصار**) ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- والإصطخري من أصحاب الشافعي -رحمه الله- م: (**إلا أنا نقول:**) ش: جواب عن قول أبي يوسف -رحمه الله- : م: (**الولاء يبتنى على زوال الملك**) ش: وهو إزالة ملك اليمين م: (**ولا بد فيه من المعاينة**) ش: لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس م: (**فكذا فيما يبتنى عليه**) ش: أي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك ، وهو الولاء .

---

(١) رواه الطبراني وفيه عبيد بن القاسم ووهو كذاب . ذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٣١) .
ورواه البيهقي(٦/ ٢٤٠) من طريق هشام بن حسان عن الحسن مرسلاً ثم قال : وروي هذا موصولاً من وجه آخر عن ابن عمر وليس بصحيح وروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما من قولهما.

وأما الوقف ، فالصحيح أنه تقبل الشهادة في التسامع في أصله دون شرائطه ؛ لأن أصله هو الذي يشتهر قال : ومن كان يده شيء سوء العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك ، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها

وفي «أدب القاضي» للشهيد -رحمه الله- عن الحلواني : أن الخلاف ثابت في العتق أيضًا ، لأن الشهادة على الولاء شهادة على العتق أيضًا .

وذكر شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- : أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع . وعند الشافعي -رحمه الله- في قول ، وأحمد ومالك-رحمهما الله- : يقبل في العتق أيضًا، ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع الولاء عند أبي يوسف-رحمه الله-، وفي «المبسوط» شرط لم يشترطه محمد ، فقال : إنما يقبل إذا كان المعتق مشهوراً، وللعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام .

م: (**وأما الوقف ، فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ؛ لأن أصله هو الذي يشتهر**) ش: وشرائطه لا تشتهر ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- وهو الأصح .

وفي« شرح الأقطع» : ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة . وقال محمد : -رحمه الله- : يجوز ، وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله- . وبه قال أحمد -رحمه الله- ، وقال المرغيناني -رحمه الله- : لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو ما أشبهه، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته ، وفي «المجتبى» : والمختار أن يقبل على شرائط الوقف أيضًا .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له**) ش: وفي «جامع قاضي خان »صورة المسألة رجل رأى عينًا في يد إنسان ، ثم رآها في يد الآخر ، والأول يدعي الملك ، وسعه أن يشهد أنه للمدعي ، لأن الملك في الأشياء لا يعرف بطريق التعيين ، وإنما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهراً، بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازعة م: (**لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي**) ش: أي اليد م: (**مرجع الدلالة في الأسباب كلها**) ش: من الشراء والهبة ونحو ذلك م: (**فيكتفى بها**) ش: أي باليد فجاز للشاهد أن يشهد بدلالة اليد على الملك ، ولكن لا يقول عند الشهادة أشهد بأنه ملكه لأني رأيته في يده ، لأن الظاهر هو يكفي لأداء الشهادة ما لا يكفي للقضاء إلا في العبد والأمة إذا كانا كبيرين يعبران عن أنفسهما ؛ لأنهما في يد أنفسهما فلأن يكون مجرد استعمالهما دليل الملك ، لأن الحر قد يخدم الحر إعارة أو إجارة ، كأنه عبد ، وهو إذا كان له يعرف أنهما رقيقان أما إذا عرفا أنهما رقيقان ، فتجوز الشهادة لأن العبد والأمة لا بد لهما على

وعن أبي يوسف رحمه الله -أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له، قالوا :ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد -رحمه الله - في الرواية فيكون شرطًا على الاتفاق ، وقال الشافعي -رحمه الله- دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا -رحمهم الله -لأن اليد متنوعة إلى أمانة وملك . قلنا :والتصرف يتنوع أيضًا إلى نيابة وأصالة ،

أنفسهما ، وكذا تجوز الشهادة إذا كانا صغيرين لا يعتبران عن أنفسهما ، وإن لم يعرفا أنهما رقيقان ولهذا المعنى .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه يشترط مع ذلك**) ش: أي مع رؤية اليد والتصرف م: (**أن يقع في قلبه أنه له**) ش: أي أن هذا الشيء لمن في يده ، وفي «الفوائد الظهيرية» : أسند هذا القول إلى أبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- فقال: وعنهما ووجهه أن الأصل في الشهادة الإحاطة واليقين ، لقوله عليه السلام : « **إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع** »[(1)] .

وعند [. . .] أن ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب ، ولهذا قيل: إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابًا في يد جاهل ، ليس في أمانة من هو أهل لذلك ، لا يسعه أن يشهد بالملك له .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ -رحمهم الله- : م: (**ويحتمل أن يكون هذا**) ش: أي ما ذكر من شهادة القلب م: (**تفسيراً لإطلاق محمد -رحمه الله- في الرواية فيكون شرطًا على الاتفاق**) ش: وهو قوله : « وسعك أن تشهد أنه له» ، وذكر الصدر الشهيد -رحمه الله- في «أدب القاضي» : ويحتمل أن يكون قوله قول الكل ، وبه نأخذ .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله-: دليل الملك اليد مع التصرف**) ش: أي التصرف مدة طويلة ، وبه قال مالك -رحمه الله- وأبو حامد الحنبلي م: (**وبه قال بعض مشايخنا-رحمهم الله-**) ش: وهو الخصاف م: (**لأن اليد متنوعة إلى أمانة وملك**) ش: وكذا إلى ضمان الإنابة كالوكيل والمضارب م: (**قلنا: والتصرف يتنوع أيضًا إلى نيابة وأصالة**) ش: بضم ، يحتمل إلى محتمل يريد الاحتمال فبقي العلم .

وعند أحمد -رحمه الله- والإصطخري من أصحاب الشافعي -رحمه الله- : يجوز أن يشهد في الكل بالاستفاضة ، لأنه موجب للعلم الظاهر ، وعند مالك-رحمه الله- والشافعي -رحمه الله-في الأصح : لا يجوز لاحتمال أنه أشهر من رجل، ويكون لغيره ، وهو كثير فلا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة بإسنادهما من قول شريح .

قال الزيلعي (٥/ ٨٧) قال فى« الخلاصة» : رواه الخصاف بإسناده عن النبى ﷺ . وأورد المصنف إسناد الخصاف ، وفى القلب شيء منه . فسبحان الله لم يروه أحد من أصحاب السنن ولا المسانيد ولا الأجزاء ويروه الخصاف بهذا الإسناد النظيف فهذ عجب .

ثم المسألة على وجوه: إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد ،وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانًا ؛لأن النسب يثبت بالتسامع ،فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينها ، أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان ، فكذلك ، لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان ،إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك ؛لأنه

يفيد علمًا .

م: (**ثم المسألة على وجوه**) ش: أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية الأول،هو قوله م: (**إن عاين المالك الملك**) ش: جميعًا فحينئذ م: (**حل له أن يشهد**) ش: لأن شهادته عن علم وبصيرة لأنه عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه ، وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يد الثاني : هو قوله : م: (**وكذا إذا عاين الملك بحدوده**) ش: تنسب إلى فلان بن فلان الفلاني ، ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه وهو معنى قوله م: (**دون المالك**) ش: يجوز أن يشهد م: (**استحسانًا**) ش: والقياس أن لا يجوز لأنها شهادة بالملك ، ثم المالك مع جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله م: (**لأن النسب**) ش: أي نسب المالك م: (**يثبت بالتسامع**) ش: والشهرة م: (**فيحصل معرفته**) ش: أي معرفة المالك ، فكانت شهادة بمعلوم .

ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج ، كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك . وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال ، وهي باطلة .

وأجيب : بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان . والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدًا ، وهو مقبول فيه كما تقدم في خبر ذلك ببيت المال ، والاعتبار للتضمن، و الثالث وهو قوله : م: (**وإن لم يعاينها**) ش: أي وإن لم يعاين الملك والمالك جميعًا بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا ، حدودها كذا وكذا ، لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة ، والرابع وهو قوله م: (**أو عاين المالك دون الملك**) ش: فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به وقوله م: (**لا يحل له**) ش: جواب الوجهين الأخيرين .

م: (**وأما العبد والأمة**) ش: مردود إلى قوله سوى العبد والأمة ، تقريره إذا رأى عبدًا أو أمة في يد شخص م: (**فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك**) ش: أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك م: (**لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه**) ش: بل يكون في يد المستولي عليه م: (**وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك**) ش: يعني يحل له أن يشهد م: (**لأنه**

لا بد لهما ، وإن كانا كـبيرين ، فذلك مصرف الاسـتثناء ؛لأن لهما يدًا على أنفسهـما ، فيدفع يد الغير عنهـما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة -رحـمه الله- أنه يحل له أن يشهد فيـهما أيضًا اعتبارًا بالثياب ، والفرق ما بيناه ،والله أعلم بالصواب.

لا بد لهـما) ش: أي الصغيرين م: (**وإن كانـا كبيـرين**) ش: أي العبـد والأمة م: (**فذلك مـصرف الاستثناء**) ش: بقوله سوى العبد والأمة م: (**لأن لهما يدًا على أنفسـهما ، فيدفع يد الغير عنهـما فانعدم دليل الملك**) ش: حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ، ويصنع به المقر به ما يصنع بمملوكه .

واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من ادعى رقيقًا ، وأجيب : بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغر ، وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وأجيب :

م: (**وعن أبي حنيفـة -رحمه الله-: أنه يحل له أن يشهـد فيهمـا أيضًا**) ش: أي في الكبيـرين م: (**اعتبارًا بالثياب**) ش: والدواب لدلالة اليـد على الملك م: (**والفرق ما بيناه**) ش: وهو قـوله لأن لهـما يدًا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنها بخلاف الثياب والدواب ، لأنه لا يد لهما على أنفسهما .م: (**والله أعلم بالصواب**) .

* * *

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال : ولا تقبل شهادة الأعمى ،وقال زفر رحمه الله -:وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- لا تقبل فيما يجري فيه التسامع ؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه .وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله -: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت .

م: (**باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته**)

ش: أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته ولا تقبل ، ولما فرغ عن بيان ما يسمع من الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع ، إلا أنه قدم الأول لأن المحال مشروط ، والشرط مقدم كالطهارة ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة . قال ﷺ : « **لا شهادة لمتهم** » ،وهي قد تكون بمعنى في الشاهد كالفسق ، وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة متهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه ، كالولادة، وقد تكون لخلل في أداة التمييز كالعمى ، وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي ، وهو المحدود في القذق بعد التوبة عندنا وقبل التوبة عند الشافعي -رحمه الله .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولا تقبل شهادة الأعمى ، وقال زفر** -رحمه الله- **وهو رواية عن أبي حنيفة** -رحمه الله-: **تقبل فيما يجري فيه التسامع**) ش: كالنسب والموت م: (**لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه**) ش: أي في السماع .

وبه قال الشافعي ومالك - وأحمد -رحمهم الله- ، وهو قول النخعي والثوري -رحمه الله- والحسن البصري -رحمه الله- وسعيد بن جبير -رضي الله عنه - .

وعن ابن عباس - رضي الله عنه -: تقبل فيما طريقه السماع أيضًا وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- واختاره المزني، وهو قول الزهري -رحمه الله- وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى -رحمهم الله-، وكذا يقبل في الترجمة عند الكل ، لأن العلم يحصل له فيها كالبصير ، إذ حصول العلم بالسماع ، وهو كالبصير في السماع ، ويعرف القائل باسمه ونسبه .

م: (**وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله-: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف**) ش: يعني لم تصبه آفة ، فقال آيف فلان على ما لم يسم فاعله ، أي أصابته آفة فهو مؤوف على مثال مصوف ، والآفة العاهة م: (**والتعريف**) ش: أي تعريف الشهود له وعليه م: (**يحصل بالنسبة**) ش: بأن يقول أشهد على فلان بن فلان م: (**كما في الشهادة على الميت**) ش: إذا شهد عليه بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ، والنسبة لتعريف الغائب ، دون الحاضر ، فصار كالحدود والقصاص ، ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ؛لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس ، أو جن ، أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت . قال : ولا المملوك

بعضه م: (**ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة**) ش: أي الصوت م: (**وفيه**) ش: أي وفي النغمة بتأويل الصوت م: (**شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود**) ش: فإن للشهود البصر أكثره فيهم غنية عن شهادة الأعمى .

م: (**والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر**) ش: هذا جواب عن قوله والتعريف يحصل بالنسبة ، تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت الشهود عليه أو غيبته ، على أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت ، وهو في ذلك قائم مقامه م: (**فصار كالحدود والقصاص**) ش: يعني أن في الحدود والقصاص لا تقبل شهادة للشاهد ، فكذا هذا .

م: (**ولو عمي بعد الأداء**) ش: أي ولو عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها م: (**يمتنع القضاء**) ش: يعني لم يجز الحكم بها م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها**) ش: أي لصيرورة الشهادة م: (**حجة عنده وقد بطلت**) ش: أي عند القضاء ، ولا قيام لها م: (**وصار كما إذا خرس ، أو جن، أو فسق**) ش: بعد الأداء قبل العقد ألا يقضي القاضي بشهادته ، والأمر الكلي في هذا إنما يمنع الأداء منع القضاء ، لأن المقصود من أدائها القضاء ، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فمع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما ، فيمنع القضاء ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- : لا يمنع الأداء ، فلا يمنع القضاء .

م: (**بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا**) ش: هذا جواب عما يقال: لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل الأداء ، لا يمنع القضاء ، وتقرير الجواب أن الشهود إذا ماتوا أو غابوا لا يمنع القضاء م: (**لأن الأهلية بالموت انتهت**) ش: والشيء يتقرر بانتهائه م: (**وبالغيبة ما بطلت**) ش: أي الشهادة .

ألا ترى أن شاهد الفرع إذا شهد بعد موت الأصل تقبل شهادته ، القضاء يكون بشهادة الأصول ، فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بالشهادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا المملوك**) ش: وهذا عطف على قوله شهادة الأعمى ، أي ولا تقبل شهادة المملوك ، وبه قال الشافعي -رحمه الله .

لأن الشهادة من باب الولاية ، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره ،ولا المحدود في القذف وإن تاب؛ لقوله تعالى :﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا ﴾ م: (النور الآية:٤) ولأنه من تمام الحد لكونه مانعًا ، فيبقى بعد التوبة كأصله

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال : أقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ، ولا أقبلها على حر .

وعن أنس - رضي الله عنه - : أنه يقبل على الأحرار والعبيد ، وبه قال عثمان البتي - وإسحاق- وأحمد وداود -رحمهم الله- ، وعن الشعبي والنخعي -رحمهم الله- أنهما قالا : تقبل في القليل دون الكثير .

ولا تقبل شهادة الصبيان عندنا ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد وعامة العلماء ، وعن مالك -رحمه الله- : تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا .

وروي ذلك عن ابن الزبير- رضي الله عنهما - ، وعن أحمد رواية أيضًا ، وعن مالك : أنه يقبل في كل شيء لإطلاق النصوص ، والعبد أو الصبي عدل ، قلنا : الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لهما على أنفسهما ، ففي غيرهما أولى ، إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما تحملا قبلهما ، لأنهما من أهل الولاية عند الأداء ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- .

م: (**لأن الشهادة من باب الولاية**) ش: لأنها تنفذ القول على الغير م: (**وهو**) ش: أي العبد م: (**لا يلي على نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره**) ش: وقال الخصاف -رحمه الله- في «أدب القاضي» : حدثنا عبد الله بن محمد ، قال حدثنا حفص بن غياث عن الحجاج عن عطاء عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : لا تجوز شهادة العبد م: (**ولا المحدود في القذف وإن تاب**) ش: أي ولا تقبل أيضًا شهادة المحدود في القذف .

وقوله : « وإن تاب» واصل بما قبله م: (**لقوله تعالى: ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا ﴾** (النور : الآية ٤)) ش: وجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له ، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما م: (**ولأنه**) ش: يعني ولأن رد الشهادة م: (**من تمام الحد لكونه**) ش: أي لكون تمام الحد م: (**مانعًا**) ش: أي عن القذف ، لكونه زاجرًا إلا أنه لم يؤلم عليه كالحد يؤلم بدونه .

ولأن المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف وذلك في إهدار قبول القاذف أظهر ؛ لأنه بالقذف أذى قلبه ، فجزاؤه أن لا تقبل شهادته ؛ لأنه فعل لسانه وفاقًا لجريمته ، فيكون من تمام الحد م: (**فيبقى**) ش: أي الرد م: (**بعد التوبة كأصله**) ش: أي كأصل الحد اعتبارًا له بالأصل .

بخلاف المحدود في غير القذف ؛ لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة ، وقال الشافعي -رحمه الله -:تقبل إذا تاب لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ : (النور الآية : ٥) ، استثنى التائب. قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ،(النور الآية : ٤)

م: (بخلاف المحدود في غير القذف) ش: هذا جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى: ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور : الآية ٤) والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ، فأجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف نحو السرقة والزنا وشرب الخمر ، حيث تقبل شهادته بعد التوبة م: (لأن الرد) ش: أي رد الشهادة م: (للفسق وقد ارتفع بالتوبة) ش: وفي المحدود في القذف الرد من تمام التوبة فظهر الفرق بينهما .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله- تقبل) ش: أي توبته م: (إذا تاب لقوله تعالى: ﴿ إلا الذين تابوا﴾ (النور : الآية ٥) استثنى التائب) ش: بيانه أن المانع من قبول شهادته الفسق ، وبالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته قياسًا على المحدود في الزنا ، أو السرقة أو شرب الخمر إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي -رحمهما الله- فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره ، كذا ذكر أبو بكر الرازي -رحمه الله- في« شرح الطحاوي» وبقول الشافعي -رحمه الله- قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- ، واختلفوا في توبته ، فقال الشافعي-رحمه الله-: توبته إكذابه نفسه ، وبه قال أحمد -رحمه الله- لما روي عن عمر- رضي الله تعالى عنه - قال : توبة القاذف إكذابه نفسه بأن يقول: كان قذفي باطلاً ، وبه قال ابن أبي جبيرة -رحمه الله- من أصحاب الشافعي -رحمه الله- ، وهو رواية عن أحمد -رحمه الله .

وقال الإصطخري ، من أصحاب الشافعي -رحمه الله-: توبته أن يقول كذبت فيما قلت ، ولا أعود إلى مثله وهل تعتبر مع التوبة إصلاح العمل ؟فيه قولان .

م: (قلنا: الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى :﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور: الآية ٤) ش: يعني الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم لأن من جملته قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ﴾ (النور : الآية ٤) ، ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم بل إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى: ﴿ وأولئك هم الفاسقون﴾ (النور : الآية ٤) ، وليس من رفع الفسق قبول الشهادة كالعدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام : ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين، إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين ، إلا امرأته ﴾ (الحجر : الآيات ٥٨ , ٥٩ , ٦٠) ، إن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين ، ونقول أيضًا : إن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله : ﴿وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور : الآية ٤) ، وليس بعطوف على أن ما قبله طلبي وهو إخباري ، فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلب ليصح كما في قوله تعالى : ﴿ وبالوالدين إحسانًا ﴾ (البقرة : الآية ٨٣) ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته ، لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى ، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق ؛لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده شهادته بعد العتق .

قلت: يأباه ضمير الفصل ، فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر ، وهو مؤكد الإخبار به م: (**أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن**) ش: كما في قوله تعالى : ﴿ **لا يسمعون فيها لغواً إلا سلامًا** ﴾ (مريم : الآية ٦٢) معناه والله أعلم : ولكن سلامًا .

وهذا لأن من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه وإن يكن له خبر على حدة ، وها هنا المستثنى هو الاسم ، والمستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه ، وله خبر على حدة أيضًا ، والاستثناء المنقطع يعمل بطريق المعارضة ، ولا معارضة بين حكمه ورد الشهادة ، وليس من ضرورة كونه تائبًا كونه مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي .

وقولنا في هذا هوقول سعيد بن المسيب والحسن وشريح وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير -رضي الله عنهم - ، وهكذا روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما .

م: (**ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم ، تُقْبَل شهادته**) ش: ذكر هنا تفريعًا على ما تقدم صورته الذمي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته ، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة ، وعلى أهل الإسلام جميعًا م: (**لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد**) ش: أي رد شهادته لأجل قذفه كان من تتمة حده م: (**وبالإسلام حدثت له شهادة اخرى**) ش: أي غير الأولى المردودة تتمة للحد .

م: (**بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق**) ش: حيث لا تقبل شهادته عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- : تقبل كما في الكافر م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا شهادة للعبد أصلاً**) ش: في حال رقه لا على المسلم ولا على الكافر م: (**فتمام حده برد شهادته بعد العتق**) ش: لأنه لا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق ، فترد شهادته الآن تتميمًا للحد ، وللكافر شهادة على جنسه ، فيترتب عليه حكم المسلمين بإسلامه فتقبل شهادته . فإن قيل يشكل بمن زنا في دار الحرب وهو مسلم ، ثم خرج إلى دار الإسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا ، فتوقف المؤثر في العبد ولم يتوقف في الزنا . الجواب أن الزنا في دار الحرب لم يقع موجبًا أصلاً ، لعدم ولاية الإمام ، وإقامة الحد للإمام .

وأما قذف العبد موجب للحد ، وتمامه برد شهادته ، وقيل في قول المصنف-رحمه الله- : بخلاف العبد إذا حد لم تقبل شهادته ، لا فائدة في ذكر الحد إذ لو لم يحد ثم أعتق وحد لم تقبل شهادته أيضًا . وأجيب : إنما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر .

قال: ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام:« لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجير لمن استأجره »ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة . ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ،

أما الكافر لو قذف مسلمًا ، ثم أسلم ثم حد ، لم تقبل شهادته ، ولو حد بعض الحد في حال كفره ، وبعضه في حال إسلامه ففيه اختلاف الروايتين ، وفي الكافر عن أبي حنيفة -رحمه الله-: في هذه المسألة ثلاث روايات : إحداها : أنه لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد ، لأن ما دون الحد تقرير ، وهو لا يسقط الشهادة ، والثانية : إذا أقيم عليه الأكثر تقوم مقام الكل ، والثالثة : إذا ضرب سوط سقطت شهادته ، والله أعلم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد**) ش: أي ولا تقبل شهادة الولدم: (**لأبويه ولأجداده**) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : هذا الذي ذكره بالإجماع .

قلت : عن أحمد -رحمه الله-: تقبل شهادة الولد لوالده ، وعنه : تقبل شهادة أحدهما للآخر ، وهو قول أبي ثور والمزني وداود -رحمهم الله- وحكي في القديم عن الشافعي -رحمه الله- وذكر صاحب« النهاية» ومالك -رحمه الله- : يخالفنا فيه ، فيجوز شهادة الوالد لولده ، وشهادة الولد لوالده .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لإمرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجير لمن استأجره**) ش: قال مخرج الأحاديث : هذا غريب لم يثبت عن النبي ﷺ .

ثم قال : قال في «الخلاصة» رواية الخصاف -رحمه الله- بإسناده عن النبي ﷺ ، **قلت**: قال الخصاف -رحمه الله- في كتاب «أدب القاضي» : حدثنا صالح بن زريق، وكان ثقة ، قال حدثنا مروان بن معاوية الثراري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة -رحمه الله- عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا يجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لأجيره** » .

م: (**ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة**) ش: أي ولأن منافع الأملاك متصلة في قرابة الأولاد م: (**ولهذا**) ش: أي ولاتصال المنافع فيهم م: (**لا يجوز أداء الزكاة إليهم**) ش: فلو جاز شهادة الوالد لولده أو على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه ، فلم يجز وهو معنى قوله م:

فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة . قال: والمراد بالأجير على ما قالو: التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام:« لا شهادة للقانع بأهل البيت » ،

(**فتكون شهادة لنفسه من وجه ، أو تتمكن فيه التهمة**) ش: وهو ظاهر .

م: (**قال**) ش: أي المصنف- رحمه الله- : م: (**والمراد بالأجير**) ش: أي المذكور في الحديث المذكور م: (**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ - رحمه الله - : م: (**التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه**) ش: أي بعد نفع أستاذه نفع نفسه ، وفي «الخلاصة» : ولا يجوز شهادة الأجير لأستاذه ، أراد به التلميذ الخاص ، والتلميذ الخاص الذي أكل معه وفي عياله، وليس له أجرة المعلومة ، وأما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل ، وأما الأجير الواحد وهو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل .

وقال أبو العباس الناطفي - رحمه الله - في «الأجناس» يقبل شهادة الأجير ، ثم قال أبو العباس - رحمه الله - : هذا محمول على الأجير المشترك ، لأنه قد ذكر في «نوادر ابن رستم» - رحمه الله - : قال محمد - رحمه الله - : لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة ، وإن كان أجير مشترك قبلت شهادته م: (**وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام:« لا شهادة للقانع بأهل البيت**) ش: أي التلميذ الخاص ، وهو المراد من القانع المذكور في الحديث والحديث أخرجه أبو داود - رحمه الله - في «سننه» عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب -رضي الله عنه- عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ **رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه ، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم**[(١)] .

وقال أبو داود - رحمه الله- : والغمر الشحناء وأخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها وقال حديث غريب والغمر العداوة ، وقال أبو عبيد :- رحمه الله- في كتاب «غريب الحديث» : الغمر العداوة ، وقال الجوهري- رحمه الله - : الغمر الحقد والغل ، هو بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وفي آخره راء مهملة ، والقانع والتابع لأهل البيت كالخادم .

وفي «المغرب» : المتعلم الذي يأكل في بيت أستاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث

---

(١) حسن : رواه أبو داود في « القضاء » باب من ترد شهادته (٣/ ٣٠٦) » [٣٦٠٠] من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ورواه ابن ماجه من طريقه في الشهادات [٢٣٦٦] من طريق حجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٦٤) من طريق آدم بن فائد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . ورواه الترمذي (٢/ ٥٧) من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعًا . والحجاج وآدم ضعيفان ، وكذلك يزيد بن زياد ضعيف : ومحمد بن راشد تكلم فيه بعضهم.

وقيل: المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها . قال: ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال الشافعي -رحمه الله- تقبل؛ لأن الأملاك بينهما متميزة ،والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنًا كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس. ولنا ما رويناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدًا لنفسه من

م: (وقيل: المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر) ش: أي يستحق الأجرة م: (بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها) ش: أي على الشهادة ؛ لأن شهادته عمل من أعماله ، وجميع أعماله للمستأجر في مدة الإجارة .

م: (قال) ش: أي القدوري : -رحمه الله- : م: (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال الشافعي -رحمه الله- :تقبل) ش: وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي -رحمهم الله- : لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقًا في ماله لو حدث بعشقها فيه ، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة م: (لأن الأملاك بينهما) ش: أي بين الزوجين م: (متميزة) ش: بحيث لا يتصرف أحدهما في مال الآخر م: (والأيدي متحيزة) ش: أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الغير غير متقدمة إليه ، إذ الزوجية قد تكون سببًا للتأخر والعداوة . وقد تكون سببًا للميل والإيثار م: (ولهذا) ش: أي ولأجل تميز الأملاك بينهما وتحيز الأيدي م: (يجري القصاص والحبس بالدين بينهما) ش: أي بين الزوجين يعني يقتص من أحدهما للآخر ، ويحبس أحدهما بدين الآخر ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم م: (ولا معتبر بما فيه من النفع) ش: أي لا معتبر بما في قبول شهادة أحدهما لصاحبه من النفع الحصال منه للشاهد ، لأن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه معين لا يتهم الشاهد بهذا العذر من النفع م: (لثبوته ضمنًا) ش: أي لثبوت هذا النفع من حيث الضمن في الشهادة وليس بقصدي فلا يعتبر .

م: (كما في الغريم) ش: وهو رب الدين م: (إذا شهد لمديونه المفلس) ش: حيث تقبل شهادته ، وإن كان له فيه نفع ، لأن النفع حصل ضمنًا لا قصدًا ، م: (ولنا ما رويناه) ش: أراد به الحديث الذي ذكره الآن ، لأن فيه ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته م: (ولأن الانتفاع متصل عادة) ش: بينهما عرفًا ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي لا يحد م: (وهو) ش: أي الانتفاع هو م: (المقصود) ش: من الزوجية حتى بعد الزوج غنيًا بما لها قبل في تأويله قوله تعالى: ﴿ووجدك عائلاً فأغنى﴾ م: (الضحى الآية : ٨) . فأغناك بمال خديجة -رضي الله عنها - ، وهذا لأن الاتحاد بينهما أكثر ما يكون بين الوالد والولد في العادة والشريعة فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة الأسباب المعنية ، فإن الإنسان قد يعادي والديه لرضى زوجته ولهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حجب وإذا كان كذلك م: (فيصير شاهدًا لنفسه من

وجه أو يصير متهمًا بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به ، ولا شهادة المولى لعبده، لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ؛ لأن الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه

وجه أو يصير متهمًا) ش: في شهادته تجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة .

م: (**بخلاف شهادة الغريم**) ش: جواب عما ذكره الشافعي - رحمه الله -، وذلك م: (**لأنه**) ش: أي لأن الغريم م: (**لا ولاية له على المشهود به**) ش: إذ هو مال المديون ولا تعرف له عليه ، فلم يكن متهمًا فجازت شهادته لا يقال : الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذوه ، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ، ولا كذلك الزوجان .

فإن قلت : إن فاطمة -رضي الله عنها- ادعت فدك بين يدى أبي بكر -رضي الله عنه- فجوز ذلك حيث شهد لها ، وفاطمة -رضي الله عنها- جوزت ذلك أيضًا ، حيث استشهدت عليًا رضي الله عنه ، ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك ، فكان إجماعًا ، والإجماع مقدم على القياس ، وخبر الواحد .

قلت : الصحيح من الرواية : أن أبا بكر -رضي الله تعالى عنه- رد دعواها ، فإنها ادعت فدك ميراثًا من النبي ﷺ ، فرد دعواها وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول:« **إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة**»(1) .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا شهادة المولى لعبده**) ش: أي ولا تقبل شهادة المولى لعبده م: (**لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين**) ش: لأن العبد وما في يده لمولاه م: (**أو من وجه**) ش: أي أو شهادة لنفسه من وجه م: (**إن كان عليه**) ش: أي على العبد م: (**دين لأن الحال**) ش:أي حال العبد م: (**موقوف مراعى**) ش: بين أن يصير العبد مقومًا بسبب بيعهم في دينهم ، وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله- : م: (**ولا لمكاتبه**) ش: أي ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه م: (**لما قلنا**) ش: من قوله شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه ، وفي بعض النسخ لما قلنا .

وكذا لا يجوز شهادته لمدبره وأم ولده وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - م: (**ولا شهادة الشريك لشريكه**) ش: أي ولا تقبل شهادة أحد الشريكين للآخر م: (**فيما هو من شركتهما**) ش: أي من الذي هو مشترك بينهما م: (**لأنه شهادة لنفسه من وجه**) ش: لأن كل ما يحصل للمشهود له

---

(1) رواه أحمد (٢/ ٤٦٣) من طريق سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . وإسناده صحيح .

لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لأخيه ، وعمه لانعدام التهمة ؛لأن الأملاك ومنافعها متباينة ، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض .قال: ولا تقبل شهادة مخنث ، ومراده المخنث في الرديء من الأفعال

للشاهد فيه نصيب وهو معنى قوله م: (**لا شتراكهما**) ش: أي في الذي يحصل بسبب تلك الشهادة

م: (**ولو شهد**) ش: أي الشريك م: (**بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة**) ش: لأنه شهادة عدل لغيره . وفي «الشامل» ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وإن كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص ، وغير المفاوض أيضًا في تجارته .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : - رحمه الله - م: (**وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه**) ش: ولا خلاف فيه إلا أن مالكًا شرط أن لا يكون في عياله . قال بعض أصحابه : يجوز بشرط أن لا يكون مبرزًا له ، وقيل : بشرط إن لم ينله صلته ، وقال أشهب - رحمه الله - : يجوز في اليسير دون الكثير إلا أن يكون مبرزًا له فيجوز في الكثير .

وقيل : يقبل إلا فيما تتصفح فيه التهمة مثل أن يشهد له بما يكتسب به الشاهد شرفًا وجاهًا ، أو يدفع به معرة أو يقضي الطباع والعصبية فيه العصب والحمية كشهادته بأن فلانًا قتله أو جرحه ، كذا في «جواهرهم» م: (**لا نعدم التهمة**) ش: يعني في الشهادة لأخيه وعمه م: (**لأن الأملاك ومنافعها متباينة**) ش: بينهم م: (**ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض**) ش: وهذا ظاهر ، ولأن العداوة والتحاسد بين الإخوة ظاهرة فتنتفي التهمة المانعة في الشهادة .

ألا ترى أن العدواة بين الإخوة أول ما ظهرت في قصة قابيل وهابيل ، وكذلك في قصة يوسف -عليه السلام- وإخوته . وفي «الشامل» : قُبلَ لولد الرضاع ولأم المرأة .

وفي «الخلاصة » : وتقبل لأم امرأته [. . .] ، ولزوج ابنته ، ولامرأة ابنه ، ولامرأة أبيه ، ولأخت امرأته ، ومن السلف من قال : لا تقبل شهادة الأخ لأخيه ، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «شرح أدب القاضي » .

م: (**قال**) ش: أي قال القدوري - رحمه الله -: م: (**ولا تقبل شهادة مخنث**) ش: قال المصنف -رحمه الله- م: (**ومراده**) ش: أي مراد القدوري -رحمه الله- : م: (**المخنث في الرديء من الأفعال**) ش: أي أفعال النساء من التزين بزيهن والتشبه بهن في الفعل والقول ، فالفعل مثل كونه محلاً للواطة ، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبهًا بالنساء ، وإليه أشار العلامة مولانا حميد الدين -رحمه الله- . وفي «الذخيرة» : التخنيث الفاسق في فعله ، فلا تقبل لمعصيته ، قال -عليه

لأنه فاسق ، فأما الذي في كلامه لين ، وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ، ولا نائحة ولا مغنية ؛لأنهما ترتكبان محرمًا « فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية ».

السلام-: « **لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء** »[1] وقال المصنف - رحمه الله -: م: (**لأنه**) ش: أي لأن المخنث م: (**فاسق**) ش: في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق .

م: (**فأما الذي**) ش: أي فأما المخنث الذي م: (**في كلامه لين**) ش: مثل كلام النساء م: (**وفي أعضائه تكسر**) ش: لخلقه م: (**فهو مقبول الشهادة**) ش: ألا ترى« أن هنا المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي ﷺ حتى سمع منه النبي ﷺ: «**كلمه شنيعة فأمر بإخراجه**»[2] .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**ولا نائحة**) ش: أي ولا تقبل شهادة نائحة ، لأن النوح لما كان منهيًا عنه وقد باشرته النائحة لم تؤمن من أن تباشر شهادة الزور أيضًا، فلا تقبل شهادتها . وفي «الذخيرة» لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها ، وإنما أراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة .

وقال الأترازي- رحمه الله -: ولنا فيه نظر ، لأن النبي ﷺ نهى عن النياحة مطلقًا من غير فصل . قلت : يؤيد كلامه أن المصنف - رحمه الله - لم يقيد بقوله «للناس» م: (**ولا مغنية**) ش: التغني للهو ولجمع المال حرام بلا خلاف ، ولا سيما إذا كان من المرأة ، لأن رفع الصوت منها حرام ، وأما التغني لدفع ضرر نفسه مباح بلا خلاف ، والنوح كذلك قاله الكاكي- رحمه الله- م: (**لأنهما**) ش: أي لأن النائحة والمغنية م: (**ترتكبان محرمًا**) .

م: (**فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية**) ش: هذا الحديث أخرجه الترمذي - رحمه الله - من حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - مطولاً وفيه : « **نهى عن صوتين أحمقين صوت عند نغمة لعب ولهو ومزامير شيطان ، وصوت عند مصيبة بخمش وجوه، وشق جيوب ورنة شيطان**»[3] .

---

(١) رواه الطبراني (١١/ ٢٦١) وفيه مبارك بن سحيم وهو متروك .

(٢) قال الهيثمي في المجمع (٨/ ١٠٤) رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح .

(٣) ضعيف : رواه الترمذي في « الجنائز » - باب ما جاء في الرخصة في البكاء على الميت [١٠١٧] من طريق عيسى ابن يونس عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن جابر . وحسنه -رحمه الله- .

وقال الهيثمي في «المجمع» (٣/ ١٧) : رواه أبو يعلى والبزار وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وفيه كلام .

قلت: رووه من طريق عبد الرحمن بن عوف وفي حديث جابر أن صاحب القصة هو عبد الرحمن بن عوف فلا تعارض .

قلت : ورواه الحاكم أيضًا من طريق إسرائيل عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن جابر عن عبد الرحمن بن عوف (٤/ ٤٠).

قال الترمذي - رحمه الله - : حديث [حسن] ، وفي ذكر المصنف - رحمه الله - النائحة والمغنية وصف بصفة صاحبه والتقدير صوت النائحة ، وصوت المغنية ، وقال الأترازي- رحمه الله - : وقد روى أصحابنا في كتبهم أن النبي ﷺ « **نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية** » .

قلت : ذهل عن إخراج الترمذي - رحمه الله - فلذلك قال : وقد روى أصحابنا وذكر صاحب «الأجناس» عن «أدب القاضي» إملاء قال : لا تقبل شهادة أصحاب المعصية وقطاع الطريق ، وأصحاب الفجور بالنساء ، ومن يعمل عمل قوم لوط ، ومن يقعد مع الغناء والنائحة والنائح ، والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء إلى هنا لفظه .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه**) ش: أي ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو . قال في «الصحاح» : يقال رجل مدمن خمر أي مداوم شربها ، وإنما أطلق إدمان الشرب على اللهو ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر ، وليقع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ ، والباذق والفضيخ البسر إذا خرج من الماء وغلي واشتد وقذف بالزبد ، وذلك بأن كسر ويدق، والباذق ، وهو المطبوخ أقل من الثلثين وكل ذلك محرم شرب قليلها وكثيرها .

إلا أن منكر حرمة الخمر يكفر ، ومنكر حرمة هذه الأشربة لا يجب الحد إلا بالسكر، ويشترط الإدمان في الخمر وهذه الأشربة لسقوط العدالة ولهذا قال قاضي خان في «فتاواه» ، إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس ، فإن من اتهم في شرب الخمر في بيته ، لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة ، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو خرج سكران ليعجز منه الصبيان ، لأن مثله لا يحترز عن الكذب .

وفي «الفتاوى الصغرى» في مسائل الجرح والتعديل : شرب الخمر في السر لا تسقط العدالة ، لأن محمداً - رحمه الله - شرط الإدمان في كتاب الشهادات ، وأما ما سوى هذه الأشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانية والتين فهي مباحة ، وإن سكر منها ولا حد على الصحيح من الرواية .

كذا قال «صاحب التحفة» ، قال : لأن هذا من جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر، فإن في بعض البلاد قد يسكر المؤمن الخبر ونحوه البنج يسكر ولبن الرمكة يسكر ، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن المسكر منه حرام كما في المثلث، ولكن إذا سكر منه لا حد عليه بخلاف المثلث . كذا في «التحفة» .

قلت : لا ينبغي أن يفتى في هذا الزمان إلا بحرمة في الكل ، وبالتقرير البالغ في غير الخمر

قال: ولا من يلعب بالطيور ؛لأنه يورث غفلة ،ولأنه قد يقف على عورات النساء ، بصعوده على سطحه ليطير طيره ،وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني . قال : ولا من يغني للناس ؛ لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

لفساد غالب أهل هذا الزمان ، ورأيت بخط شيخي العلامة : المراد من قوله ولا مدمن الشرب على اللهو شرب غير الخمر ، لأن في الخمر الإدمان ، واللهو ليس بشرط ، بل صار مردود الشهادة بمجرد شرب الخمر لفسقه .

م: (**قال:**) ش: أي القدوري : - رحمه الله - م: (**ولا من يلعب بالطيور**) ش: ولا خلاف فيه لأهل العلم . وفي قوله «يلعب» إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته ليستأنس بها ، أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون حرامًا ولا تسقط عدالته . وفي «المبسوط» : اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباح ، وكذا اتخاذ برج الحمام .

وفي «الذخيرة» ناقلاً عن شيخ الإسلام - رحمه الله - هذا إذا كان لا يطيره ، أما لو كان يأتي بيت حمامات غيره فيفرخ ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامه من حمام غيره يصير مرتكبًا محرمًا وآكلاً حرامًا ، فعلى هذا التقدير لا تقبل شهادته وإن لم يقف على عورات النساء لصعوده سطحه م: (**لأنه يورث غفلة**) ش: ولا يأمن على العقل من الزيادة والنقصان ، فلا تقبل شهادته م: (**ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره**) ش: والنظر على عورات الأجانب والمحرامات حرام ، فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام .

م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي وفي بعض نسخ القدوري - رحمه الله - م: (**ولا من يلعب بالطنبور**) ش: بضم الطاء كذا في «دستور اللغة» . وقال الجوهري : الطنبور فارسي معرب الطنبار لغة م: (**وهو**) ش: أي الذي يلعب بالطنبور هو م: (**المغني**) ش: قيل يستغني عن هذا بقوله من يغني للناس لأنه أعم من أن يكون مع آلة لهو أو لا ؟ ، أجيب : بأن يقال لئن سلمنا هذا ،ولكنه قصد تخصيص الطنبور بالذكر لكونه من أعظم آلات اللهو عند العجم من الترك وغيرهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله - : م: (**ولا من يغني للناس**) ش: أي ولا تقبل شهادة من يغني للناس م: (**لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة**) ش: لا يقال :إن فيه تكرارًا ، لأن من يغني للناس يكون من الرجال والنساء ، والمغنية في النساء خاصة .

وقيل: الأصح من الجواب أنه إنما ذكر النائحة والمغنية هناك ، مع أن النوح والغناء مشترك بين الرجال والنساء لورود الحديث بذلك اللفظ ، ويفهم منه حكم الرجال تبعًا فأعاد حكم الرجال جريًا على الأصل ، إذ الأصل أن حكم النساء يستفاد من حكم الرجال ، إذ لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك حكم مخصوص بالنساء ، وقيد بقوله «للناس» ، لأن التغني للناس مكروه باتفاق

المشايخ ، والتغني لإسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ - رحمه الله - ومن الناس من أباح ذلك في العرس والوليمة كما أبيح ضرب الدف فيهما ، وإن كان فيه نوع لهو ومنهم من قال إذا تغنى ليستفيد منه نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به .

وأما التغني لنفسه فقيل: لا يكره ، وبه أخذ السرخسي - رحمه الله -، لما روي عن أنس -رضي الله عنه- أنه دخل على أبيه البراء بن مالك -رضي الله عنه- ، وهو من زهاد الصحابة -رضي الله عنهم- وكان يغني ، وقيل جميع ذلك مكروه ، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - ، ويحمل حديث البراء -رضي الله عنه- على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة . وإنشاد الشعر لا بأس به وإن كان فيه صفة المرأة ، فإن كانت حية يكره ، وإن كانت ميتة لا يكره هذا في «الذخيرة» ، وأما القراءة بالألحان أباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إذا كانت الألحان لا يغير الحروف من نظمها مباح ، وإلا غير مباح ذكره في «الحلية» بلا خلاف ، وفي «التنبيه» ، ولا تقبل شهادة القراد والرقاص ، والمشعوذ ، وقوله «على كبيرة» هو اللهو واللعب ، ونص على نوع فسق ، فلا يمتنع عادة عن المحارم والكذب وسنذكر الخلاف في الكبيرة عن قريب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: - رحمه الله - : م: (**ولا من يأتي بابًا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق**) ش: ولا خلاف فيه ، واختلفوا في تفسير الكبيرة ، قيل: هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ ، في الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال: « **اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله ﷺ ما هي ؟ قال :الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات** » .

وروى مسلم - رحمه الله - في حديث أنس - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ في الكبائر قال : « **الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس، وقول الزور** » .

وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: « **إن من الكبائر شتم الرجل والديه ، قالوا: يا رسول الله ﷺ ، وهل يشتم الرجل والديه ؟ قال: نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه ، فيسب أمه** ».

وروي من حديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنهما- « **قال سألت رسول الله ﷺ أي الذنب أعظم عند الله؟ قال : أن تجعل لله ندًا وهو خلقك قال : قلت له: إن ذلك لعظيم قال : قلت له: ثم أي ؟قال : ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك ،قال : قلت : ثم أي؟ قال : ثم أن تزني بحليلة جارك**».

قال :ولا من يدخل الحمام من غير إزار لأن كشف العورة حرام أو يأكل الربا ، أو يقامر بالنرد والشطرنج؛ لأن كل ذلك من الكبائر ، وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما ،فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فليس بفسق مانع من الشهادة ؛ لأن للاجتهاد فيه مساغًا ،

وفي «الفتاوى الصغرى» : ذكر الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في «شرح الشهادات» حد الكبيرة ما كان حرامًا محصنًا يسمى فاحشة في الشرع ، كاللواطة أو لم يسم في الشرع فاحشة ، لكن يشرع عليها عقوبة محضة بنفس قاطع ، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق أو بالوعيد بالنار في الآخرة ، كأكل مال اليتيم .

وقال بعضهم : ما فيه حد فهو كبيرة وقيل ما كان حرامًا بالعينة ، وقيل : وأصح ما نقل عن الحلواني - رحمه الله - : ما كان شنيعًا بين المسلمين وفيه هتك حرم الله تعالى والدين فهو كبيرة ، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر ، كذا في «الذخيرة» و«المحيط» ، وقيل : ما أصر عليه المرء فهو كبيرة ، وما استغفر عنه فهو صغيرة والأوجه ما ذكره المتكلمون ، أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب ، فهو بالنسبة إلى ما فوقه صغيرة ، وإلى ما تحته كبيرة ، لأن الأشياء الإضافية لا تقرن إلا بالإضافة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ولا من يدخل الحمام من غير إزار**) ش: أي ولا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار يستر عورته م: (**لأن كشف العورة حرام**) ش: لقوله عليه السلام : « **لعن الله الناظر والمنظور إليه** » . والشهادة كرامة ، فلا يستحقها من يستحق اللعن ولا خلاف فيه م: (**أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج**) ش: هذا عطف على قوله من يدخل الحمام بغير إزار ، وهكذا لفظ القدوري - رحمه الله - وفي بعض النسخ قال : ولا من يأكل الربا والمقامر بالنرد والشطرنج م: (**لأن كل ذلك من الكبائر**) ش: وقد مر عن قريب في حديث البخاري - رحمه الله - أن أكل الربا من الكبائر .

وقال صاحب «الأجناس» : ناقلاً عن الأصل : ولا تقبل شهادة أكل الربا إذا كان مشهورًا ، لأنه إذا لم يكن مشهورًا فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم يتحقق على ما يأتي الآن . وأما المقامر بالنرد والشطرنج ففيه تفصيل على ما يذكره المصنف - رحمه الله - الآن م: (**وكذلك**) ش: أي لا تقبل شهادة م: (**من تفوته الصلاة للاشتغال بهما**) ش: أي بالنرد والشطرنج .

م: (**فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فليس بفسق مانع من الشهادة ، لأن للاجتهاد فيه مساغًا**) ش: فإن الشافعي ومالكًا - رحمهما الله - أباحاه مع الكراهة ، وعندنا وأحمد- رحمه الله- حرام

وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهوراً به ؛ لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك ربا ، قال: ومن لا يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق ، والأكل على الطريق ؛ لأنه تارك للمروءة ، وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب ، فيتهم

لقوله عليه السلام : « من لعب بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله»[1] رواه أبو داود - رحمه الله - قيل : هو الشطرنج ، أما النرد فحرام بالإجماع . قال عليه السلام : «من لعب بالنرد فهو ملعون » ذكره في« الذخيرة» ، واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع ، إذا كان مدمنًا عليه أو مقامرًا وتفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف الكذب والباطل ، وفي «التنبيه» : ومن لعب بالشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته .

م: (**وشرط في الأصل**) ش: أي شرط محمد - رحمه الله - في« المبسوط» م: (**أن يكون أكل الربا مشهوراً به**) ش: أي بأكل الربا م: (**لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك ربًا**) ش: أي في معني الربا فعلم أن عدالته لا تسقط بمجرد أكل الربا إذا لم يكن مشهوراً به مصراً عليه . وعن هذا وقع الفرق بين الربا وأكل مال اليتيم ، فإن الإدمان فيه غير شرط .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : - رحمه الله - : م: (**ولا من يفعل**) ش: أي ولا تقبل شهادة من يفعل م: (**الأفعال المستحقرة**) ش: هكذا وقع في بعض نسخ القدوري المستحقرة ، وقال : الأترازي - رحمه الله - قوله : م: (**ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق**) ش: ثم قال : هذا لفظ القدوري ، في« مختصره » ، يعني لفظ المستحقرة ، من الاستحقار ، ثم قال : وهنا نسخ المستحقرة والمستخفة ، والمستخبثة .

وكلها على صيغة اسم المفعول . روي المستخفة بالخاء المشددة المكسورة ، وهي أصح النسخ من السخيف ، وهو النسبة إلى السخف ، وهو رقة العقل في قولهم ثوب سخيف ، إذا كان قليل العزل ، وقيل المستخفة بكسر الخاء ، أي الأفعال المستخفة بصاحبها م: (**لأنه تارك للمروءة**) ش: أي الإنسانية . قال الجوهري- رحمه الله - : ولك أن تشدد ، وقال أبو يزيد : مر الرجل صار ذا مروءة فهو مريء على فعيل م: (**وإذا كان**) ش: أي الرجل م: (**لا يستحي عن مثل ذلك**) ش: أي البول على الطريق والأكل عليه م: (**لا يمتنع عن الكذب فيتهم**) ش: فلا تقبل شهادة

---

(١) صحيح : رواه أبو داود (٤/ ٢٨٥) [٤٩٣٨] وابن ماجه (٢/ ١٢٣٧) . [٣٧٦٢] وأحمد (٤/ ٣٩٤) من طريق سعيد بن أبي هند عن أبي موسى -رضي الله عنه - . . مرفوعًا ، وأخرجه أحمد من طريق أسامة بن زيد عن سعيد بن أبي هند عن أبي مرة مولى عقيل فيما أعلم عن أبي موسى . . مرفوعًا .

قلت : وسعيد بن أبي هند ثقة إلا أنه يرسل عن أبي موسى ، ولكن في رواية أحمد الثانية بين الواسطة التى بينه وبين أبي موسى ورواه عنه أسامة بن زيد وفيه كلام وقد خالفه غيره فيمن هو أثبت منه كأمثال نافع وعبيد الله ابن عمر . فلا تقبل منه ولعلها من أوهامه فإنه كان يهم كما ذكر الحافظ وهو نفسه قد شك في اسم أبي مرة فهذا يرجح وهمه ، والله أعلم .

المتهم .

وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة ، حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته ، وكذا من يمدر رجليه عند الناس ويكشف رأسه في موضع لا عادة فيه ، وما أشبه ذلك مما تجتنبه أهل المروءات بلا خلاف ، وفي أصحاب الصنائع الدنيئة كالكساح والزبال والكناس والحجام والحائك فيه وجهان .

قال بعض العلماء : لا تقبل شهادة أهل الصناعات ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- لكثرة خلفهم في الوعد ، ودناة صنعتهم في المدينة ، وقال عامة العلماء : يجوز إذا كانوا عدولاً ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه وأحمد ومالك -رحمهما الله- وهو الأصح ، لأنه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءة .

وفي «المحيط» : لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين ، لأنهم يكذبون كثيراً ، فأما من عدل منهم تقبل شهادته ، وبياع الأكفان لا تقبل شهادته ، قال شمس الأئمة : هذا إذا ترصد لذلك العمل ، فأما إذا كان يبيع ويشتري الثياب ، ويشتري منه الأكفان ويقبل لعدم تمنيته الموت والطاعون .

وفي «الذخيرة» : لا تقبل شهادة الصكاكين؛ لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان ، وقبض المبيع والبائع ابن فلان قبض الثمن وضمن الدرك ، ولم يكن شيء ، من ذلك ، فيكون كذبًا محضًا ، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة . والصحيح أنه يقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح ، ولا تقبل شهادة القروي والأعرابي البدوي عند بعض العلماء .

وعند مالك - رحمه الله - : لا تقبل شهادة القروي البدوي في غير الدماء ، ذكره في «الجواهر» ، وقال عامة العلماء : تقبل إذا كان عدلاً عالمًا بكيفية الشهادة تحملاً وأداء . وفي « مناقب أبي حنيفة «- رحمه الله - لا تقبل شهادة البخيل ، وقال مالك : -رحمه الله - إن أفرط في البخل لا تقبل ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف .

وقال نصير بن يحيى : من شتم أهل ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل شهادته ، وإن كان أحيانًا تقبل ، وفي« المحيط» : لا تقبل شهادة القيام للناس والحياة ، وفي« جامع شمس الأئمة» -رحمه الله- لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه ، ولا خلاف فيه .

م: (**ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف**) ش: المراد من السلف الصحابة والتابعون رضي الله عنهم ، وأبو حنيفة - رحمه الله - والسلف جمع سالف ، وهو الدهر الماضي ، وفي الشرع : اسم لكل من تقلد مذهبه ويقتفى أثره في الدين كأبي حنيفة -رحمه الله - وأصحابه ، فإنهم

لظهور فسقه بخلاف ما يكتمه وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية، وقال الشافعي -رحمه الله-: لا تقبل ؛لأنه أغلظ وجوه الفسق . ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد

سلف لأبي حنيفة وأصحابه والتابعون رضي الله عنهم م: (**لظهور فسقه**) ش: والفاسق لا تقبل شهادته .

م: (**بخلاف من يكتمه**) ش: أي من يكتم سب السلف ، لأنه إذا اعتقد ذلك ولم يظهره، وهو عدل في أفعاله ، فإن شهادته تقبل .

كذا في «شرح الأقطع» م: (**وتقبل شهادة أهل الأهواء**) ش: أي أصحاب البدع كالخارجي والرافضي ، والجبري والقدري ، والمشبه ، والمعطل وسمي أهل البدع أهل الأهواء لميلانهم إلى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي ، أو عقلي ، والهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه ، وفي «الذخيرة»: تقبل شهادته إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون شاحنًا ، ويكون عدلاً في تعاطيه ، وهو الصحيح ، وأصول أهل الأهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والشيعة ، والتعطيل ، وكل واحد يصير اثني عشر فرقة ، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة م: (**إلا الخطابية**) ش: لا تقبل شهادتهم .

وفي «شرح الأقطع» : اسم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى ، وكان يزعم أن عليًا - رضي الله عنه - الإله الأكبر ، وجعفر الصادق الإله الأصغر . وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئًا على غيره يجب أن يشهد له تقية شيعة ، وقيل : الخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى الخطاب المذكور ، قتله عيسى بن موسى المذكور وصلبه بالكنائس، وفي« المغرب»: الخطابية من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب حمد بن أبي وهب الأجذع .

وقال أبو حاتم الرازي - رحمه الله - : اسم أبي الخطاب محمد بن أبي ربيب الأسدي الأجذع ، وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر ، فلما مات إسماعيل ، رجعوا إلى القول بإمامة جعفر وغلوا في القول غلواً كبيراً . وخرج أبو الخطاب في حياة جعفر بالكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن العباس - رضي الله عنه - وأظهر الدعوة إلي جعفر فتبرأ منه جعفر ولعنه ، وادعى عليه وقتل هو وأصحابه كلهم . وأما رواية الأخبار من أهل الأهواء ، اختلف فيه مشايخنا ، والأصح عندي لا تقبل، كذا في «المبسوط » .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: لا تقبل**) ش: أي شهادة أهل الأهواء، وبه قال مالك -رحمه الله - وقال أحمد :- رحمه الله - : لا تقبل شهادة ثلاثة منهم العذرية والجهمية ، والرافضية م: (**لأنه أغلظ وجوه الفسق**) ش: لأن الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن ما ذهبوا إليه م: (**فسق من حيث الاعتقاد**) ش: لا من حيث

وما أوقعه فيه إلا تدينه ، وصار كمن يشرب المثلث، أو يأكل متروك التسمية عامدًا مستبيحًا لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطي ، أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم . وقيل :يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم . قال :وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي - رحمهما الله -:لا تقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى : ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ، فصار كالمرتد . ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ،

التعاطي م: (وما أوقعه فيه) ش: أي في ذلك الهوى م: (إلا تدينه) ش: أي لعمقه في الدين بذلك الاعتقاد ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرًا ، فيكون ممتنعًا عن الكذب م: (وصار) ش: هذا م: (كمن يشرب المثلث) ش: من الحنفية م: (أو يأكل متروك التسمية عامدًا) ش: من الشافعية حال كونه م: (مستبيحًا لذلك) ش: أي معتقدًا إباحته ، فإنه لا ترد شهادته كذا هذا ،كذا في « المبسوط » .

م: (بخلاف الفسق من حيث التعاطي) ش: أي من حيث المباشرة حيث ترد شهادته م: (أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض) ش: الغلاة بالضم جمع غالي من غلاني الأمر يغلو غلوًا ، أي جاوز فيه الحد م: (يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم) ش: أي يعتقدون جواز الشهادة ، وإذا حلف المدعي بين يديهم أنه محق في دعواه ، ويقولون : المسلم لا يحلف كاذبًا م: (وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم) ش: أي فكل من يذهب إلى مذهبهم ويعتقدون كاعتقادهم م: (واجبة) ش: عليهم م: (فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم) ش: فترد .

م: (قال) ش: أي القدوري : - رحمه الله - : م: (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم) ش: أي ملل بالكسر جمع ملة ، وهي الدين والشريعة كاليهودي مع النصراني . وقال ابن أبي ليلى : إن اتفقت مللهم تقبل ، وإن اختلف لا تقبل ، كشهادة اليهودي على النصراني وبالعكس .

م: (وقال مالك والشافعي -رحمهما الله-: لا تقبل) ش: شهادة الكافر م: (لأنه فاسق . قال الله تعالى : ﴿ والكافرون هم الظالمون ﴾ فيجب التوقف في خبره) ش: بالنص م: (ولهذا) ش: أي ولكونه فاسقًا م: (لا تقبل شهادته) ش: أي شهادة الكفار م: (على المسلم فصار كالمرتد) ش: في عدم قبول شهادتهم ، لأن الشهادة من باب الولاية والكرامة ، والكافر ، من أهل الإهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد والحربي .

م: (ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) ش: هذا

ولأنه من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار ، فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع ؛لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه ، والكذب محظور الأديان كلها بخلاف المرتد ؛لأنه لا ولاية له ، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم

حديث غريب لم يثبت بهذا اللفظ ، وإنما روى ابن ماجة - رحمه الله - في سننه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض» ، وفي مجالد مقال .

وقال مخرج الأحاديث : هذا - أي الحديث الذي ذكره المصنف- غير مطابق للحكمين ، ولو قال «أهل الكتاب» عوض «النصارى» ، لكان موافقًا للحكمين عن اتحاد الملة واختلافها كما أخرجه ابن ماجة - رحمه الله . ثم حكي عن شيخه علاء الدين -رحمه الله- أنه قال : ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى ، واحتج له مقلداً لغيره بحديث رواه أبو داود - رحمه الله - بالإسناد المذكور عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال : «جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا ، فقال : ائتوني بأعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريًا فأنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة ؟ قالا : نجد في التوراة إذا شهد أربعة منهم رأوا ذكره في فرجها ، مثل الميل في المكحلة رجما فقال : ما يمنعكما أن ترجموهما ؟ قال : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل ، فدعا رسول الله ﷺ بالشهود فجاءوا أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة ، فأمر رسول الله ﷺ برجمها» . انتهى .

قال مخرج الأحاديث : وجدت في نسخة علاء الدين - رحمه الله - بخط يده فدعا باليهود ، وهذا تصحيف ، وإنما هو «فدعا بالشهود »كشفته في نحو عشرين نسخة ، ورواه كذلك إسحاق بن راهويه ، وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم ، والدارقطني -رحمه الله- في «سننه» ، وكلهم قالوا : «فدعا بالشهود » .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الذمي م: **(من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار)** ش: وكل من هو كذلك م: **(فيكون من أهل الشهادة على جنسه)** ش: فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم م: **(والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع)** ش: هذا جواب عن قوله لأنه فسق . وتقريره أن الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد ، والثاني ممنوع والأول مسلم إليه بقوله : م: **(لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه ، والكذب محظور الأديان كلها)** ش: وفي بعض النسخ محظور الأديان كلها .

م: **(بخلاف المرتد)** ش: جواب عن قوله وصار كالمرتد م: **(لأنه لا ولاية له)** ش: على نفسه ولا على أولاده ، وهي ركن الدليل م: **(وبخلاف شهادة الذمي على المسلم)** ش: جواب عن قوله : ولهذا

لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ، ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه ، وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر ، فلا يحملهم الغيظ على التقول . قال : ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ، أراد به والله أعلم المستأمن ؛لأنه لا ولاية له عليه ؛لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً منه ، وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي ، وتقبل شهادة المستأمنين ، بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة

لا تقبل شهادته على المسلم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذمي وفي النهاية الضمير في لأنه للشأن أي لأن للشأن إذ لا ولاية للذمي على المسلم م: (**لا ولاية له بالإضافة إليه**) ش: أي إلى المسلم يعني ولايته بالنسبة إلى المسلم معدومة ، وبه احتز عن الإضافة إلى الكافر ، فإن له ولاية على ذمي آخر ، أو حربي م: (**ولأنه**) ش: جواب آخر ، أي ولأن الذمي م: (**يتقول عليه**) ش: أي يفتري على المسلم م: (**لأنه**) ش: قال الكاكي : - رحمه الله - : أي لأن المسلم ، وفي «النهاية» الضمير للشأن أي لأن الشأن هو م: (**يغيظه**) ش: أي يغيظ الذمي ، أي يسخطه م: (**قهره إياه**) ش: أي قهر المسلم الذمي فإن قهر المسلم إياه يحمل على التقول على المسلم .

م: (**وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر**) ش: هذا جواب عن سؤال يرد على أصل المسألة ، وهو قوله « وتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم » ، بأن يقال : المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى وهم غير مخفين في ذلك قال تعالى : ﴿ **وقالت اليهود ليست النصارى على شيء**﴾ (البقرة : الآية ١١٣) ، فينبغي أن يقبل كما هو مذهب ابن أبي ليلى - رحمه الله - فأجاب عنه بقوله : وملل الكفر وإن اختلفت ، فلا قهر ، يعني وإن اختلفت مللهم لم يغير بعضهم بعضاً لأنهم مقهورون تحت أيدي المسلمين ويعطون الجزية ، فلا قهر م: (**فلا يحملهم الغيظ على التقول**) ش: أي فلا قهر لتحملهم ذلك على التقول على المسلمين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله - : م: (**ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ، أراد به والله أعلم المستأمن**) ش: إنما قيد به لأن الحربي لو دخل بغير استئمان يؤخذ قهراً ويسترق ، ويصير عبداً ، فلا تقبل شهادة العبد على أحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحربي المستأمن م: (**لا ولاية له عليه**) ش: أي على الذمي م: (**لأن الذمي من أهل دارنا**) ش: والمستأمن من أهل دار الحرب ، واختلاف الدارين حكمًا يقطع الولاية م: (**وهو**) ش: أي الذمي م: (**أعلى حالاً منه**) ش: أي من المستأمن ، لأن الذمي أقرب إلى الإسلام منه .

ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن م: (**وتقبل شهادة الذمي عليه**) ش: أي على المستأمن ، وذلك معلومًا بالنسبة إليه يجعله ولاية عليه م: (**كشهادة المسلم عليه**) ش: أي على المستأمن م: (**وعلى الذمي**) ش: أي وكشهادة المسلم على الذمي .

م: (**وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة**) ش: يعني تقبل

فإن كانوا من دارين كالروم والترك ، لا تقبل ؛لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية . ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي ؛ لأنه من أهل دارنا ،ولا كذلك المستأمن ،وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته ، وإن ألم بمعصية

شهادة بعضهم على بعض ، بشرط اتحاد دارهم ، لأن للاتحاد تأثيراً في ذلك م: (**فإن كانوا من دارين**) ش: مختلفين م: (**كالروم والترك ، لا تقبل**) ش: أي شهادة بعضهم على بعض م: (**لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية**) ش: والعصمة م: (**ولهذا يمنع التوارث**) ش: عند اختلاف الدارين .

م: (**بخلاف الذمي**) ش: هذا جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . وتقرير الجواب أن يقال : إن الذمي يخالفه م: (**لأنه من أهل دارنا**) ش: ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها ، فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه ، لكن تركناه بالنص كما مر ، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه م: (**ولا كذلك المستأمن**) ش: لأنه ليس من أهل دارنا ، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من أهل دارين مختلفين ، قبلت شهادة بعضهم على بعض ، لأنهم من دارنا ، فهي تجمعهم بخلاف المستأمن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإن كانت الحسنات**) ش: في بعض النسخ وإن كانت الحسنات م: (**أغلب من السيئات**) ش: يعني الصغائر م: (**والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية**) ش: أي وإن أذنب بمعصية صغيرة ، وألم مشتق من اللمم ، وهو ما دون الفاحشة ، من صغار الذنوب ، وفي « تهذيب الديوان» : ألم أي من اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب .

وفي« الذخيرة» : الحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة ، وارتكاب الصغيرة لا توجب سقوطها ، إلا أن يصير على الصغير كبيرة بالإصرار ، لأن أحداً من الناس لا يخلوا عن صغيرة ، ولهذا روي أنه عليه السلام قال : « إن تغفر اللهم فاغفر جمًا ، وأي عبد لك ما ألما » ، انتهى .

قلت: كيف نسب هذا إلى النبي ﷺ وقد ذكر ابن قتيبة في «غريب الحديث» من حيث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن مسلم عن أبيه أبي طرفة الهذلي - رحمه الله - أنه قال : مر أبو خراش يسعي بين الصفا والمروة وهو يقول :

لا حم هذا خامس إن تما ... أتمه الله وقد أتما

إن تغفر اللهم فاغفر جمًا ... وأي عبد لك ما ألما

هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة ، إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها ، وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا ، فأما الإلمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة؛ لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه ، وهو مفتوح إحياء للحقوق

وكذلك نسب البيت في «تهذيب الديوان» إلى أبي خراش ، ولكن قال أبو سليمان الخطابي في «شرح صحيح البخاري» في كتاب الصوم : إنه قول أبيه .

م: (**هذا هو الصحيح**) ش: أي المذكور من كون الحسنات ، أكثر من السيئات ، والرجل ممن يجتنب الكبائر هو الصحيح م: (**في حد العدالة المعتبرة**) ش: في الشرع م: (**إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها**) ش: وقد مر بيان الكبيرة مع الاختلاف فيها م: (**وبعد ذلك**) ش: أي بعد التوقي عن الكبائر كلها م: (**يعتبر الغالب**) ش: يعني في حق الصغائر ، فإن كان غالب أحواله الإتيان بما هو مأذون به شرعًا وإن لم يخلو عن الصغيرة كان جائز الشهادة م: (**كما ذكرنا**) ش: أراد به قوله ، وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات . . . إلى آخره .

م: (**فأما الإلمام بمعصية**) ش: من الصغائر م: (**لا ينقدح به العدالة المشروطة**) ش: في الشرع م: (**فلا ترد به الشهادة المشروعة ؛ لأن في اعتبار اجتنابه الكل**) ش: أي الصغائر كلها أو جميع الذنوب كلها م: (**سد بابه**) ش: أي باب الشهادة والتذكير باعتبار المذكور ، لأن أحدًا لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر إلا الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، فلو اشترط الاجتناب عن جميع ذلك في العدالة انسد باب الشهادة م: (**وهو**) ش: أي باب الشهادة م: (**مفتوح إحياء**) ش: أي لأجل الإحياء م: (**للحقوق**) ش: أي لحقوق الناس .

فروع : وفي «أدب القاضي» : وإذا ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافًا أو مخافة لم تقبل شهادته . قال أبو بكر الرازي- رحمه الله -: لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء ، لأن الاستهزاء لشيء من الشرائع كفر .

وفي «الفتاوى الصغرى» : تفويت الجماعة كما يفعله العوام ، وكذا ترك الجمعة من غير عذر تسقط العدالة .

وذكر الخصاف - رحمه الله - في موضعين، فذكر في أحدهما للترك ، ثلاثًا وهو الذي اختاره شمس الأئمة السرخسي ، ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك ، قال : من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل ، فشهادته غير جائزة ، وهو الذي اختاره شمس الأئمة الحلواني ، وأما إذا تركها لمرض ، أو لبعد المصر أو يتأول بأن كان الإمام لفسق لا تسقط عدالته .

وقال الكاكي- رحمه الله -: التأويل أن يكون الإمام ظالمًا ، أو يؤخر الأداء ، وهو يعتقد في أول الوقت ، قال الأسبيجابي - رحمه الله - : من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر

قال : وتقبل شهادة الأقلف؛ لأنه لا يخل بالعدالة ،إلا إذا تركه استخفافًا بالدين ؛ لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً

ومن خرج للنظر عند قدوم الأمير ، لا تقبل شهادته . وعن شداد أنه رد شهادته شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكه .

وقال الخصاف- رحمه الله -: ركوب البحر للتجارة والتفرج مسقط للشهادة ، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقري فارس وأشباهه ، لأنه خاطر بدينه ونفسه ليتناول مالاً فلا بد من أن يكذب ويأخذ المال ، وقري فارس يطعمونه الربا .

وقيل: من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته ومن أخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقها شهودًا فلو شهدوا حل لهم اللعن ؛ لأنه شهادة على الباطل ، وكذا لو شهد ما على إقراره ، وهكذا لو شهدوا في كل إقرار بناء على باطل والفاسق تقبل شهادته بعد ستة أشهر وقيل بعد سنة .

قال الفضلي - رحمه الله - : روي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه قال اتركيه بعد ستة أشهر ثم رجع، وقال: بعد سنة .

وقال محمد : - رحمه الله - لا يسعه ما لم يمتحنه في المعقود ، وترك الأمانة وقيل لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كل الأمانات مرارًا ، ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعرفة ، وإلا فلا ، ومدة التطاول قبل ستة أشهر ، وقيل سنة وقيل من وقت التزكية فهو محظي وهذا على ما يقع القلب فربما يعرف أحد في شهر والآخر لا يعرفه سنة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**وتقبل شهادة الأقلف**) ش: وهو الذي لم يختتن م: (**لأنه**) ش: أي لأن ترك الختان م: (**لا يخل بالعدالة**) ش: لأن الختان سنة عند علمائنا - رحمهم الله- وترك السنة لا يخل بالعدالة .

وبه قال مالك - رحمه الله - وقال الشافعي - رحمه الله - في ظاهر مذهبه، وأحمد - رحمه الله - إنه واجب م: (**إلا إذا تركه**) ش: أي الختان م: (**استخفافًا بالدين ؛لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً**).

ش: وأما إذا تركه بعذر لا تسقط عدالته ، والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك وأبو حنيفة - رحمه الله - لم يقدر للختان وقتًا معينًا ، إذ المقادير بالشرع ، ولم يرد في ذلك نص والإجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر ، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع إن احتمل الصبي ذلك ولم يهلك ، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا ليوم

قال : والخصي ، فإن عمر -رضي الله عنه- قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنه قطع عضو منه ظلمًا، فصار كما إذا قطعت يده ، قال وولد الزنا

السابع ، ولكنه شاذ، كذا ذكره في« الذخيرة »، وعن بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله -: لا ، حتى يصير ابن عشر سنين ؛ لأنه حينئذ أمر بالضرب على ترك الصلاة .

وقال أصحابه : ختانه يجب عليه بعد بلوغه ، ويستحب في اليوم السابع ، وقال أبو بكر الرازي- رحمه الله - : فإن كان لا يخاف فتركه تهونًا بالسنة ، فإنه يصير فاسقًا، ولا تقبل شهادته .

وروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه لا تقبل شهادة الأقلف ، ولا تقبل له صلاة ، ولا تؤكل ذبيحته وهو مذهبه كذا في «فتاوى الولوالجي »، وقال الشيخ أبو نصر البغدادي - رحمه الله -: وإنما أراد به المجوس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : - رحمه الله - م: (**الخصي**) ش: على وزن فعيل ، وهو منزوع الخصيتين ، يقال: خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والخصى الجمع على خصيان م: (**لأن عمر - رضي الله عنه - قبل شهادة علقمة الخصي**) ش: على قدامة بن مظعون ، رواه ابن أبي شيبة - رحمه الله - في «مصنفه» : حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين أن عمر - رضي الله عنه - أجاز شهادة علقمة الخصي على ابن مظعون [1] انتهى .

وقدامة بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي- رضي الله عنه- من الصحابة، شهد بدراً وسائر المشاهد استعمله عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- على البحرين ثم عزله ،وهو خال عبد الله وحفصة ابني عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- مات سنة ست وثلاثين ، وهو ابن ثمان وستين ، وقصته طويلة ، ملخصها : أن الجارود سيد عبد القيس من البحرين شهد على قدامة أنه يشرب الخمر .

قال عمر : - رضي الله عنه - : هل معك شاهد آخر؟ ، قال علقمة الخصي إني أشهد أني قد رأيته يعبها ، ثم إن عمر - رضي الله عنه - جلد قدامة الحد .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الخصي م: (**قطع عضو منه ظلمًا ، فصار كما إذا قطعت يده**) ش: فإن قطع سائر الأعضاء لا تسقط العدالة ، فكذا هذا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله- : م: (**وولد الزنا**) ش: أي تقبل شهادة ولد الزنا

---

(١) عزاه الزيلعي في« نصب الراية» لابن أبي شيبة وذكر إسناده قال: حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين. وعزاه لأبي نعيم في« الحلية» في ترجمة عبد الرحمن بن مهدي ثنا إسماعيل بن مسلم عن أبي المتوكل: أن الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر . . فذكره.

لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما ، وهو مسلم وقال مالك -رحمه الله-: لا تقبل في الزنا ، لأنه يجب أن يكون غيره كمثله فيتهم .قلنا :العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه، والكلام في العدل . قال: وشهادة الخنثى جائزة ، لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص ،وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانًا على الظلم ، وقيل: العامل إذا كان وجيهًا في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف -رحمه الله-

---

م: (**لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم**) ش: أي ككفر أبويه ، فلا يؤخذ بكفرهما ، قال عز وجل : ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾ (الأنعام الآية : ١٦٤) م: (**وقال مالك - رحمه الله-: لا تقبل**) ش: أي شهادة ولد الزنا م: (**في الزنا**) ش: أي في الشهادة على الزنا م: (**لأنه يجب أن يكون غيره كمثله**) ش: والكاف زائدة ، كما في قوله : ﴿ **ليس كمثله** ﴾ م: (**فيتهم**) ش: فلا تقبل م: (**قلنا: العدل لا يختار ذلك**) ش: أي لا يختار أن يكون غيره مثله م: (**ولا يستحبه ، والكلام في العدل**) ش: يعني الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً ، لأن فسق أبويه لا يضره كما ذكرناه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وشهادة الخنثى جائزة**) ش: والخنثى هو الذي له آلة الرجل وآلة المرأة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الخنثى م: (**رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص**) ش: قال الله عز وجل : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم كونا رجلين فرجل وامرأتان** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) ، ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط ، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء ، لاحتمال أن يكون امرأته .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وشهادة العمال**) ش: بضم العين وتشديد الميم جمعه عامل م: (**جائزة**) ش: هو من مسائل « الجامع الصغير »، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة- رحمه الله - أنه كان يجيز شهادة العمال .

قال المصنف- رحمه الله - : م: (**والمراد عمال السلطان**) ش: يعني الذين كانوا أعوان السلطان في ذلك العصر ، لأن الصلاح كان غالبًا عليهم ، وهذا م: (**عند عامة المشايخ**) ش: لأنهم كانوا يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخروج وزكاة السوائم م: (**لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانًا على الظلم**) ش: كما في زماننا ، فلا تقبل شهادتهم ، لأن الظلم غالب فيهم ، وانظر إلى عمال سلطان مصر هل ترى أظلم منهم ، ومع ظلمهم أكثرهم فسقة .

م: (**وقيل: العامل إذا كان وجيهًا**) ش: أي ذا وجاهة وشرف م: (**في الناس ذا مروءة**) ش: أي إنسانية م: (**لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: في أوائل

في الفاسق ؛لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظًا للمروءة ، ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة . قال: وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانًا ، وإن أنكر الوصي لم يجز ، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى، وعلى هذا إذا شهد الموصي لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما .

كتاب الشهادات م: (**في الفاسق ؛لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظًا للمروءة ، ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة**) ش: لأنه يأنف عن ذلك حافظًا على حرمته .

وقال قاضي خان- رحمه الله - : وقيل : أراد العمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجروا أنفسهم ، لأن من الناس من لا تقبل شهادة أهل الصناعات الخسيسة ، وإنما أورد لهذا القول ، لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث «**أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده**» ، فلا يوجب ذلك جرحًا .

وذكر الصدر الشهيد : أن شهادة الريس والخاني في السكة الذي يأخذ الدراهم والضراب الذي يجمع عنده الدراهم يأخذها طوعًا لا تقبل . م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك**) ش: أي الوصاية م: (**فهو جائز استحسانًا ، وإن أنكر الوصي**) ش: أي الوصاية م: (**لم يجز**) ش: أي شهادتهما م: (**وفي القياس لا يجوز وإن ادعى**) ش: أي الوصاية ، وهنا خمس مائل ، أحدهما ما ذكره بقوله وإذا شهد الرجلان إلى آخره .

وأشار إلى الأربعة الأخرى بقوله م: (**وعلى هذا**) ش: أي على ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصي بذلك ، وعدمه عند عدم دعواه بذلك .

الأولى من الأربعة : هو قوله : م: (**إذا شهد الموصي لهما بذلك**) ش: أي بأن أباهما أوصى إلى فلان ، توضيحه أن الموصى لهما بشيء من المال شهد أن الميت أوصى إلى زيد مثلاً يكون وصيًا على أولاده وأمواله .

الثانية : هو قوله : م: (**أو غريمان لهما على الميت دين**) ش: أي أو شهد الغريمان لهما على الميت دين ، والضمير في لهما يرجع إلى الغريمين .

الثالثة : هو قوله : م: (**أو للميت عليهما دين**) ش: أي أو شهد الغريمان للميت عليهما ، أي على الغريمين دين وقوله دين يشمل هذا والمسألة التي قبلها أيضًا .

الرابعة : هو قوله : م: (**أو شهد الوصيان أنه**) ش: أي أن الميت م: (**أوصى إلى هذا الرجل معهما**) ش: أي مع الوصيين ، ويشهد كل فريق أن الميت أوصى إلى هذا وهو يدع ذلك جازت

وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه .وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبًا والموت معروفًا، فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة ، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثًا يملك القاضي نصف ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما، بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت ؛لأنه

الشهادة ، ولا يجوز قياسًا ، ولو أنكر الوصي ذلك لم يجز ذلك قياسًا واستحسانًا .

م: (**وجه القياس: أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه**) ش: وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يتصرف لها ، ويقوم بإحياء حقوقهما ، والغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما ، ويبرآن بالدفع إليه ، والوصين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصد نصيب من يدفع إليهما حقوقهما ، فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعًا بشهادتهما فترد ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - لأن شهادة الجار لنفسه نفعًا لا يقبل بالإجماع .

م: (**ووجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان**) ش: أي الوصي م: (**طالبًا والموت معروفًا**) ش: يعني ظاهر ، لأن القاضي ، لا يثبت له بهذه الشهادة ، ولاية لم تكن .

م: (**فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين**) ش: لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه هل يصلح للوصاية لأمانته وديانته وهدايته ، وهما بهذه الشهادة زكياه . وأخبر القاضي أنه أهل لذلك ، فكفيت عنه مؤنة التعيين ، أي تعيين الوصي .

م: (**لا أن يثبت بها شيء**) ش: أي بهذه الشهادة شيء يعني من ولاية لم تكن م: (**فصار**) ش: هذا م: (**كالقرعة**) ش: في أنها ليست بحجة هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة ، وأراد به القرعة التي بعد القسمة لتعيين الانصباء ، وأنها ليست بحجة ، ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي ، فصلحت دافعة لا موجبة ، فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين إلا أن يثبت شيئاً لم يكن ، فافهم .

م: (**والوصيان إذا أقرا**) ش: هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث ، فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له ، وتقرير الجواب أن الوصيين إذا أقرا ، يعني إذا اعترفا م: (**أن معهما ثالثًا**) ش: أي وصيًا ثالثًا واعترافهما بذلك لأجل عجزهما ، فحينئذ م: (**يملك القاضي نصف ثالث**) ش: أي وصي الثالث .

م: (**معهما**) ش: أي مع الوصيين م: (**لعجزهما عن التصرف باعترافهما**) ش: أي عن التصرف بعدم استقلالهما به .

م: (**بخلاف ما إذا أنكر**) ش: أي الوصي م: (**ولم يعرف الموت**) ش: لا تقبل الشهادة م: (**لأنه**)

ليس له ولاية نصب الوصي ، فتكون الشهادة هي الموجبة ، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفًا ؛لأنهما يقران على أنفسهما ، فيثبت الموت باعترافهما في حقهما ، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة ، فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما ، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما ، وهي غير موجبة لمكان التهمة . قال: ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك ، لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم ، لأن له الدفع بالتوبة، فلا يتحقق الإلزام ،

ش: أي لأن القاضي م: (**ليس له ولاية نصب الوصي**) ش: بغير رضاه أو برضاه ، والموت ليس بمعروف م: (**فتكون الشهادة هي الموجبة**) ش: أي كثبوت الوصاية ، فلا تقبل بسبب التهمة م: (**وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة ،وإن لم يكن الموت معروفًا ؛ لأنهما يقران على أنفسهما**) ش: بحق قبض الدين ، فانتفت التهمة ، لأن ضررهما في ذلك أكثر من نفعهما فكانت الشهادة على أنفسهما ، وشهادة الإنسان على نفسه مقبولة ، وهي الإقرار م: (**فيثبت الموت باعترافهما في حقهما**) ش: أي يثبت موت رب الدين بإقرارهما في حق الدين م: (**وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل**) ش: أي الوكالة م: (**أو أنكره**) ش: أي الوكالة .

م: (**لم تقبل شهادتهما ؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت**) ش: أي التوكيلم: (**إنما يثبت بشهادتهما وهي**) ش: أي هذه الشهادة م: (**غير موجبة**) ش: للثبوت م: (**لمكان التهمة**) ش: لأنهما يشهدان لأبيهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد**) ش: أي جرح مجرد يتضمن لتعيق الشهود من غير أن يضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد ، نحو أن يشهد أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة ربا ، أو شربة خمر ، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور ، أو إقرارهم أنهم أجرتي إذا هذه الشهادة ، أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى ، أو على إقرارهم أن لاشهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم .

م: (**ولا يحكم**) ش: أي القاضي م: (**بذلك**) ش: أي بالجرح المجرد م: (**لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم ؛ لأن له**) ش: أي للمقضى عليه م: (**الدفع بالتوبة**) ش: أي دفع الحكم والإلزام بإظهار التوبة ، وسماع الشهادة ، إنما هو بالحكم والإلزام م: (**فلا يتحقق الإلزام**) ش: لذلك .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قيل قوله ولا يحكم بذلك تكراره ، لأن بقوله : «لا تسمع الشهادة على جرح يفهم»، أجيب: بأنه ممكن أن لا يسمع ويحكم بعلمه في صورة ، فجاز

ولأنه هتك الستر والستر واجب ، والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق ، وذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم .قال: ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ؛لأنه شهادة على جرح مجرد،والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه ،

الانفكاك بينهما في الجملة أورده لنفي الاحتمال في هذه الصورة.

م: (**ولأنه**) ش: أي في الجرح المجرد م: (**هتك الستر والستر واجب**) ش: وهو إظهار الفاحشة م: (**والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق ، وذلك فيما يدخل تحت الحكم**) ش: بالنص هو قوله تعالى: ﴿**إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة ...**﴾ الآية (النور : الآيه ١٩) . وفي بعض النسخ : واجب دون الإشاعة وإنها حرام ، فيكون المشاهد فاسقًا بهتك واجب الستر ، وتعاطي إظهار الحرام ، فلا يسمعها الحاكم م: (**إلا إذا شهدوا**) ش: استثناء من قوله ؛ لأن الفسق ، وهومنقطع لكن إلا إذا شهد شهود المدعى عليه .

م: (**على إقرار المدعي بذلك تقبل**) ش: أي بالجرح بأنه إقران شهودي فسقة فإنها تقبل م: (**لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم**) ش: أي ما لم تظهره الفاحشة ، وإنما حكوها عن غيرهم ، وهو المدعي والحاكي لإظهارها ليس كمظهرها -وفي بعض النسخ - : ولو شهدوا على إقرار المدعي بذلك وتقبل .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -في «الجامع الصغير» م: (**ولو قام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ؛ لأنه شهادة على جرح مجرد**) ش: صورتها في« الجامع» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله -في رجل أقام البينة أن هذا استأجر الشهود ، قال : لا أقبل البينة على استئجار الشهود ، انتهى.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -في « شرح الجامع الصغير» : وفي قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - : تقبل، لأنه أثبت أنهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل. ثم قال الفقيه : وهذا القول أحسن ، وذكر فخر الإسلام - رحمه الله - وغيره في «شرح الجامع الصغير» : ذكر الخصاف - رحمه الله -في الجرح المجرد أنه مقبول، وقال الناطفي - رحمه الله -في « تهذيب أدب القاضي» : وظاهر الرواية عن أصحابنا أنه لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد.

م: (**والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه**) ش: هذا جواب عما يقال: إن قول المدعي استأجرهم ليس بجرح مجرد بل فيه إثبات أمر زائد وهو الاستئجار ، وهو حق المدعي، فيثبت الجرح في ضمنه ، وأجاب: بأن الاستئجار ، وإن كان أمراً زائداً عليه ، أي على الجرح المجرد م:

فلا خصم في إثباته ؛ لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل ؛ لأنه خصم في ذلك ، ثم يثبت الجرح بناء عليه . وكذا إذا أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل ،وقد شهدوا، وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا :إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف ، أو شارب خمر ، أو قاذف أو شريك المدعي، تقبل . قال : ومن شهد ولم يبرح حتى قال :أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عدلاً ، جازت شهادته .

(**فلا خصم في اثباته؛ لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه**) ش: إذ لا تعلق له بالأجرة ، فبقي جرحًا مجرداً.

م: (**حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل ؛ لأنه خصم في ذلك**) ش: أي لأن المدعي خصم للمدعى عليه فيما يدعيه م: (**ثم يثبت الجرح بناء عليه**) ش: لأن الجرح تحت الحكم ، ويثبت بناء عليه ؛ لأنه جرح مركب فافهم.

م: (**وكذا**) ش: وكذا يقبل م: (**إذا أقامها**) ش: أي لو أقام المدعى عليه البينة م: (**على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال**) ش: لما ذكرنا أنه خصمهم في ذلك فتقبل بينته .

م: (**ولهذا قلنا :**) ش: ولما قلنا :إنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد، أو من حقوق الشرع.

كذا قاله الكاكي - رحمه الله -، وقال الأكمل - رحمه الله - : كذا قيل ، وليس له ذكر المتن ، وقيل «لما قلنا »من الدليلين في الجرح المجرد ، قلنا كذا وهو بعيد ، فكان المناسب أن يقول: ولذلك وهو أسهل . والمعنى إذا قام المدعى عليه البينة وهو معنى قوله م: (**إنه**) ش: أي أن المدعى عليه م: (**لو أقام البينة أن الشاهد عبد، أو محدود في قذف ، أو شارب خمر أو قاذف ، أو شريك المدعي تقبل**) ش: أي البينة لما كان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق ،وفيما قال :إنه محدود في قذف ليس إشاعة الفاحشة ، لأن الإظهار حصل بقضاء القاضي ، وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير.

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - : في« الجامع الصغير» م: (**ومن شهد ولم يبرح**) ش: أي لم يزل في مكانه م: (**حتى قال: أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عدلاً**) ش: أي عدالته إن كانت ظاهرة عند القاضي م: (**جازت شهادته**) ش: وإن لم يكن يسأل عنه ، فقيل : إنه عدل، جازت شهادته . كذا في «الجامع البرهاني» . وقال المصنف - رحمه الله - : ناقلاً عن

ومعنى قوله: أوهمت ، أي: أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء ،فكان العذر واضحًا ، فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل،بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال : أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحدلحق الملحق بأصل الشهادة، فصار ككلام واحد ، ولا كذلك إذا اختلف ، وعلى هذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب ،

فخر الإسلام - رحمه الله - م: **(ومعنى قوله أوهمت، أي: أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة)** ش: قوله كانت باطلة جملة فعلية وقعت صفة لقوله بزيادة م: **(ووجهه)** ش: أي وجه جواز شهادته م: **(أن الشاهد قد يبتلى بمثله)** ش: أي بمثل ما ذكر من قوله أوهمت م: **(لمهابة مجلس القضاء)** ش: لأن مهابة مجلس القضاء يوقع عليه الغلط بالزيادة أو النقصان م: **(فكان العذر واضحًا)** ش: فإن كان كذلك م: **(فتقبل)** ش: أي شهادته م: **(إذا تداركه في أوانه)**

ش: وأوانه قبل البراح من مكانه ، فإذا تدارك الغلط قبل البراح م: **(وهو عدل)** ش: قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقًا بأصل شهادته .

م: **(بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال: أوهمت)** ش: حيث لا تقبل شهادته م: **(لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة)** ش: وذلك بالجماعة الشاهد بحطام الدنيا ، فإذا كان كذلكم: **(فوجب الاحتياط)** ش: .

قالوا : هذا إذا كان الموضع موضع الشبهة ، يعني شبهة التلبيس . أما إذا لم يكن ، فلا بأس بإعادة الكلام إذا كان عدلاً ، سواء اتحد المجلس أو اختلف ، كما إذا ترك لفظ الشهادة أو مثلها ، يجوز أن يترك لفظ اسم المدعي أو المدعى عليه ، أو يترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه .

م: **(ولأن المجلس إذا اتحد)** ش: هذا دليل آخر على المعنى ، يعني إن اتحد المجلس م: **(لحق الملحق)** ش: بفتح الحاء أي الذي لحقه من الكلام بأول كلامه م: **(بأصل الشهادة ، فصار ككلام واحد)** ش: لأن اتحاد المجلس بجمع التفرقات ، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان ، لأن الحادثة بعد الشهادة من العدل في المجلس كالقرون بأصلها ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله .

م: **(ولا كذلك إذا اختلف)** ش: أي لا يلحق الملحق بأصل الشهادة إذا اختلف المجلس للانقطاع بين الكلامين باختلاف المجلس .

م: **(وعلى هذا)** ش: أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم م: **(إذا وقع الغلط في بعض الحدود)** ش: بأن ذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس م: **(أو في بعض النسب)** ش: بأن ذكر محمد بن أحمد بن عمرو - رحمه الله - ، وقال محمد بن علي بن عمر : مثلاً تقبل

وهذا إذا كان موضع شبهة . فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام ، مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك ، وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-: أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً ، والظاهر ما ذكرناه، والله أعلم.

شهادته إذا تداركه في المجلس ولا تقبل بعده .

م: (**وهذا**) ش: أي باعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس، واعتبار اختلافه في وجود التلبيس م: (**إذا كان موضع شبهة**) ش: يعني إذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس .

م: (**فأما إذا لم يكن**) ش: موضع شبهة التلبيس م: (**فلا بأس بإعادة الكلام**) ش: يعني باستئنافه م: (**مثل أن يدع**) ش: أي يترك م: (**لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك**) ش: بأن يترك اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى أحدهما .

م: (**وإن قام عن المجلس**) ش: واصل بما قبله م: (**بعد أن يكون عدلاً**) ش: وقد مر هذا عن قريب .

م: (**وعن أبي حنيفة**) ش: فيما روى الحسن - رحمه الله - عنه م: (**وأبي يوسف - رحمهما الله -**) ش: فيما روى بشر عنه م: (**أنه يقبل قوله**) ش: أي قول الشاهد م: (**في غير المجلس**) ش: أي في جميع المجالس م: (**إذا كان عدلاً**) ش: أي إذا كان الشاهد عدلاً .

م: (**والظاهر ما ذكرناه**) ش: يعني أن ظاهر الرواية ما ذكرناه، وهو أن شهادته تجوز إذا قال: أوهمت إذا لم يبرح مكانه ، بعد أن كان عدلاً . فإن برح فلا هكذا فسر الأترازي-رحمه الله .

وقال الكاكي - رحمه الله -: قوله : والظاهر ما ذكرناه ، وهو أن يقبل في المجلس، أي في موضع شبهة التلبيس وبعده وفي غير موضع شبهة التلبيس يقبل في جميع الأوقات .

وفي « نوادر ابن سماعة» - رحمه الله -عن محمد - رحمه الله -: إذا شهد بالدار للمدعي ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم قالا لا ندري لمن إلينا لا أضمنهما قيمة البناء ، كأننا شككنا في شهادتنا .

وإن قالا : ليس البناء للمدعي ضمنا قيمة البناء للمشهود عليه ، فعلم بقول الشهود شككنا، لا يختلف الحكم بعد القضاء وقبله في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولاً .

* * *

باب الاختلاف في الشهادة

قال: الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل ؛لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها.

م: (باب الاختلاف في الشهادة)

ش:أي هذا باب في بيان حكم الاختلاف في الشهادة ، ولها فرع من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع في بيان مسائل الاختلاف فيها ، والمناسبة لقضية الطبع ، لأن الاتفاق أصل ، والاختلاف إنما هو يعارض الجهل والكذب فأضر لذلك.

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل**) ش: موافقة الشهادة للمدعي أن تتحد أنواعًا ، وكمًا ، وكيفًا ، وزمانًا ، ومكانًا وفعلاً وانفعالاً ، ووضعًا ، وملكًا ، ونسبة . فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دراهم ، وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشر دراهم ، ويشهد بثلاثين ، إذا دعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وله يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه ، شهد بانشقاقه عنده ، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان ، وشهد بالغربي منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية ، وشهد بولادة غيرها ، لم تكن الشهادة موافقة للدعوى.

وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط . ألا ترى أن المدعي يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول: أشهد بذلك ، واستدل المصنف - رحمه الله -على ذلك بقوله: م: (**لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها**).

ش: أما اشتراط تقدم الدعوى ، فإن القاضي نصب لفصل الخصومات ، فلا بد منها ، ولا يغني بالخصومة إلا الدعوى ، وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدها من التكذيب ، و أما عدمها عند المخالفة ، فلوجود ذلك ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها وقد كذبتها ، فصار وجودها وعدمها سواء ، وإنما قيد بقوله في حقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى ، فإن الشهادة فيها تقبل بدون الدعوى إذ حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، فكان كل واحد خصمًا في إثباتها ، قوله: «وانعدمت» أي الدعوى فيما يخالفها ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفها فقد كذبتها كما ذكرنا الآن ، ويعتبر صدق الشاهد لا صدق المدعي في المخالفة . لأن الأصل في الشهود والعدول الصدق لا في المدعي لعدم شرطية العدالة فيه.

وفي «الذخيرة» : كما يشترط التوافق بين الدعوى والشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين

قال : ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة -رحمه الله - فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين وعلى هذا المائة والمائتان ، والطلقة والطلقتان ، والطلقة والثلاث. لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة ، فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما ، فصار كالألف والألف والخمسمائة .

أيضًا ، لأن القضاء إنما يجوز بالحجة ، والحجة شهادة المثنى ، وبالمخالفة تنعدم الحجة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م: (**ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: والمراد باتفاقهما لفظًا تطابق لفظهما على عادة المعنى بطريق الوضع ، كما قال أحدهما : الهبة .

وقال الآخر : المعطية لا بطريق التضمن ، ثم مثل المصنف - رحمه الله - لذلك بقوله م: (**فإن شهد أحدهما بألف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة- رحمه الله -، م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين**) ش: وبه قال الشافعي في وجه وأحمد -رحمهما الله- في رواية ، وقالا : يحلف ويستحق الألف الأخرى م: (**وعلى هذا المائة والمائتان**) ش: أي وعلى هذا الخلاف إذا شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يستحق المائة الأخرى بالحلف م: (**والطلقة والطلقتان، والطلقة والثلاث**) ش: أي وكذا على الخلاف إذا شهد أحدهما بأنه طلق امرأته واحدة ، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين أو ثلاث طلقات .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد : م: (**أنهما**) ش : أي أن الشاهدين م: (**اتفقا على الألف**) ش: في شهادة أحدهما بالألف والآخر بألفين م:(**أو الطلقة**) ش: أي أو أنهما اتفقا على المطلقة في شهادة أحدهما بالطلقة ، والآخر بطلقتين أو بالثلاث م: (**وتفرد أحدهما**) ش: أي أحد الشاهدين م: (**بالزيادة**) ش: وهي زيادة الألف من أحدهما في شهادتهما بالألف .

وزيادة المطلقة الثانية أو الثلاث م: (**فيثبت ما اجتمعا عليه**) ش: وهو الألف والطلقة الواحدة م: (**دون ما تفرد به أحدهما**) ش: وهو في زيادة الألف الآخر وزيادة الطلقة الثانية والثلاث يعني لا تقبل في تلك الزيادة م: (**فصار**) ش: أي حكم هذام: (**كالألف والألف والخمسمائة**) ش:أي وكما إذا ادعى ألفًا وخمس مائة ، وشهد أحدهما بالألف والآخر بالألف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظًا ، ومعنى ، وسيجيء الكلام فيه عن قريب .

ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنهما اختلفا لفظًا وذلك يدل على اختلاف المعنى؛ لأنه يستفاد باللفظ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متباينتان ، فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ، فصار كما إذا اختلف جنس المال . قال : وإذا شهد أحدهما

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله -:أنهما**) ش: أن الشاهدين م: (**اختلفا لفظًا**) ش: لأن أحدهما فرد والآخر مجتمع م: (**وذلك**) ش: أي الاختلاف من حيث اللفظ م: (**يدل على اختلاف المعنى؛ لأنه**) ش: أي لأن المعنى م: (**يستفاد باللفظ وهذا**) ش: أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى الذي يستفاد من اللفظ م: (**لأن الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متباينتان**) ش: أي كلمتان متباينتان كزيد وعمرو ، ولم يرد به الجملة المركبة من فعل وفاعل ، أو مبتدأ وخبر كما في النحو م: (**فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد**) ش: فلا تقبل م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا اختلف جنس المال**) ش: كما إذا شهد أحدهما بألف درهم ، والآخر بمائة دينار أو شهد أحدهما بكر حنطة ، والآخر بكر شعير .

فإن قيل: الألف موجود في الألفين.

قلنا : نعم إذا ثبت الألفان يثبت في ضمنه الألف ، وإذا لم يثبت التضمن كيف يثبت التضمن . ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بأنه قال لامرأته : أنت خلية وشهد الآخر بأنه قال: أنت برية لا يثبت شيء ، وإن اتفق المعنى .

فإن قيل : يشكل على قول أبي حنيفة - رحمه الله -ما لو ادعى ألفين وشهد بألف يقبل بالاتفاق ، ذكره في «المبسوط» ، مع إن شرط صحة القضاء الموافقة بين الدعوى والشهادة ، ولم يوجد .

قلنا : الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين . ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهدا بإقراره به يقبل ، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر بالإقرار بالغصب لا تقبل ، وهذا لأن الشهادة تعتمد التلفظ ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم تقل أشهد بخلاف الدعوى ، فإنه لو صحح دعواه في الكتابة تقبل دعواه ، ولا يلزم أبا حنيفة - رحمه الله .

إذا قال زوجها : طلقي نفسك ثلاثًا . فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابًا فوقعت واحدة ، ولا ما إذا قال لها : أنت طالق ألفًا فإنه يقع ثلاثًا ، لأن الأكثر في ذلك ثابت فيضمن الأقل ، وليس فيما نحن فيه كذلك ، لأن الأكثر شهد به واحد ، فلا يثبت به شيء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا شهد أحدهما**) ش: أي أحد الشاهدين

بألف والآخر بألف وخمسمائة ، والمدعي يدعي ألفًا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليهما لفظًا ومعنى ؛ لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت أحدهما على الأخرى، والعطف يقرر الأول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر؛ لأنه ليس بينهما حرف العطف ، فهو نظير الألف والألفين . وإن قال المدعي : لم يكن لي عليه إلا الألف ، فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة ، لأنه كذبه المدعي في المشهود به. وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر، فلا بد من

م: (بألف والآخر بألف وخمسمائة ، والمدعي يدعي ألفًا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليهما) ش: أي على الألف م: (لفظًا ومعنى؛ ولأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى ، والعطف يقرر الأول) ش:أي يقرر المعطوف عليه م: (ونظيره) ش: أي ونظير المذكور م: (الطلقة والطلقة والنصف) ش: بأن شهد أحدهما بطلقة ، والآخر بطلقة ونصف م: (والمائة والمائة والخمسون) ش: بأن شهد أحدهما بمائة ، والآخر بمائة وخمسين يقبل شهادته على الطلقة بالاتفاق وكذلك على المائة .

م: (بخلاف العشرة والخمسة عشر) ش: يعني إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر يعني إذا ادعى المدعي خمسة عشر حيث لا يثبت العشر عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأن الموافقة بين اللفظين شرط ولم يوجد م: (لأنه ليس بينهما حرف العطف) .

ش: فصارا متباينين ، لأن خمسة عشر تذكير بغير حرف العطف ، فكانت كلمة واحدة غير العشرة ، فلم يوجد الموافقة .

وفي «النهاية » : هذا كله فيما إذا لم يدع المدعي عقدًا . أما إذا كان في دعوى العقد ، فهي ثمان مسائل :

البيع ، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال ، والصلح عن دم العمد ، والخلع ، والنكاح . . . وسيجيء كل هذا مشروحًا في هذا الباب إن شاء الله تعالى م: (فهو نظير الألف والألفين) ش: أي المذكور نظير ما إذا شهد أحدهما بألف والآخر شهد بألفين، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر عن قريب .

م: (وإن قال المدعي : لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة ؛لأنه) ش: أي لأن الشاهد م: (كذبه المدعي في المشهود به) ش: وتكذيب الشاهد تفسيق له فكان مبطلاً شهادته ، فبقي شاهد واحد .

م: (وكذا) ش: أي الحكم م: (إذا سكت) ش: أي المدعي م: (إلا عن دعوى الألف) ش: يعني ادعى الألف ولم يتعرض للخمس مائة لا بالنفي ولا بالإثبات م: (لأن التكذيب ظاهر فلا بد من

التوفيق . ولو قال : كان أصل حقي ألفًا وخمسمائة، ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها، قبلت لتوفيقه قال: وإذا شهد بألف ، وقال أحدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ، ولم يسمع قوله أنه قضاه خمسمائة لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقضي بخمسمائة ؛ لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة ، وجوابه ما قلنا. قال. وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينًا على الظلم . وقال وفي «الجامع الصغير»: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد

التوفيق) ش: ولم يوجد حتى لو وقف قبلت الشهادة ، وأشار إلى التوفيق بقوله :

م: (**ولو قال: كان أصل حقي ألفًا وخمسمائة**) ش: كما شهد م: (**ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها**) ش: أي عن الخمس مائة م: (**قبلت لتوفيقه**) ش: أي لزوال التكذيب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا شهدا بألف ، وقال أحدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف**) ش: وفي بعض النسخ بألف م: (**لا تفاقهما عليه**) ش: أي لاتفاق الشاهدين على الألف م: (**ولم يسمع قوله**) ش: أي قول الشاهد الذي قال :

م: (**إنه قضاه**) ش: يعني قضاه م: (**خمسمائة لأنه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر**) ش: هذا هو المشهور .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - :أنه يقضي بخمسمائلة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة**) ش: فلا يجوز أن يثبت أكثر من ذلك م: (**وجوابه**) ش: أي جواب ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - م: (**ما قلنا**) ش:، أشار به إلى قوله لأنه شهادة فرد ، كذا قاله الأترازي - رحمه الله - وقال الأكمل - رحمه الله - : وجوابه ما قلنا : إنهما اتفقا على وجوب الألف ، وتفرد أحدهما بالقضاء ، والقضاء يتلوا الوجوب لا محالة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وينبغي للشاهد إذا علم بذلك**) ش: يعني الشاهد بقضاء خمس مائة إذا علم بذلك م: (**أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينًا على الظلم**) ش: لعلمه بدعواه بغير حق .

وفي «جامع أبي الليث» : لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين لعلمه بأن المدعي يدعي بغير حق .

م: (**قال وفي «الجامع الصغير» : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد**

قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه، وتفرد أحدهما بالقضاء على مابينا . وذكر الطحاوي عن أصحابنا :أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعي أكذب شاهد القضاء . قلنا: هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ، ومثله لا يمنع القبول . قال : وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة ، وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة ، واجتمعوا عند الحاكم ، لم يقبل الشهادتين ؛لأن إحداهما كاذبة بيقين

قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا) ش: من أن القضاء يثبته بتفرد أحد الشاهدين .

والفرق بين مسألة الجامع وبين المسألة التي ذكرها قبلها أن في مسألة «الجامع» شهد أحدهما بقضاء كل الدين وفي التي قبلها ، شهد بقضاء بعض الدين .

م: **(وذكر الطحاوي - رحمه الله - عن أصحابنا :أنه لا تقبل)** ش: يعني في القرض والدين جميعًا م: **(وهو قول زفر - رحمه الله -، لأن المدعي أكذب شاهد القضاء)** ش: وهو تفسيق له .

م: **(قلنا: هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض)** ش: أي المشهود به الأول وهو القرض ، لم يوجد في حقه التكذيب وهو له ، وإنما وجد التكذيب لأنه أكذبه فيما عليه ، وهو الشهادة بالقضاء ، وهو غير المشهود به الأول م: **(ومثله لا يمنع القبول)** .

ش: ولهذا لو شهد بألف ومائة دينار ، إذا ادعى المدعي ألف درهم تقبل شهادتهما ، وإن كذبهما المدعي في المائة . إليه أشار في« الجامع » .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(وإذا شهد شاهدان أنه)** ش: أي أن عمرًا مثلاً م: **(قتل زيداً يوم النحر بمكة ، وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لأن إحداهما)** ش: أي لأن إحدى الشهادتين م: **(كاذبة)** ش: ظاهراً م: **(بيقين)**.

ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ،وفي «الذخيرة» : ولو شهد أحدهما بالقتل والآخر بالإقرار بالقتل لا تقبل لأن القتل فعل والإقرار قول ، والقول غير الفعل ، فاختلف المشهود به وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا في الزمان والمكان ؛ لأن الفعل الثاني غير الفعل الأول .

وفي «المغني» : وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان أو المكان يمنع القبول، إلا في مسألة واحدة ذكرها داود بن رستم - رحمه الله -عن محمد في نصراني شهدا عليه، فقال أحدهما : يصلي في مسجد بني زائدة شهراً وآخر يصلي في مسجد بني عامر شهراً أو قال أحدهما يصلي بالكوفة شهراً ، وقال أحدهما : رأيته يصلي بالشام . قال أجيز شهادتهما وأجبره على الإسلام .

وفي «الكافي» : اختلافهما في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة

وليست إحداهما بأولى من الأخرى . فإن سبقت إحداهما وقضى بها ، ثم حضرت الأخرى ، لم تقبل ، لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية . قال : وإذا شهدا على رجل أنه سرق

والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة ، والقذف ، لا يمنع القبول . وفي الجناية والغصب والقتل والنكاح ، يمنع والأصل فيه أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه ، فاختلافهما في الزمان ، أو المكان لا يمنع .

ورواه أحمد في رواية ؛ لأن القبول مما يعاد ويكرر وإن كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه ، أو قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح ، فإنه قول وحضور الشاهدين فعل ، وهو شرط فاختلافهما في الزمان والمكان يمنع القول ، لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان غيره فاختلف المشهود به .

وقال الشافعي : - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - : في ظاهر روايته : اختلافهما في الزمان أو المكان يمنع في الجميع إلا فيما شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس ، وقال الآخر : أقر بطلاقنها يوم الجمعة ، فإنه يقبل . وكذا في البيع والنكاح وغيرهما فلا ينقض بالثانية لأن القضاء بالأول قضاء ببطلان الثاني ضمنًا . إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين .

وفي «الفتاوى الصغرى» : لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان ، فسألهما القاضي فقالا : لا نعلم ذلك يقبل شهادتهما ؛ لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك .

م: (**وليست إحداهما بأولى من الأخرى**) ش: يمكن أن هذا جواب عما يقال : فلم لا يسمع القاضي أحدهما .

فقال : وليست إحداهما إلى إحدى الشهادتين بأولى من الشهادة الأخرى لعدم المرجح ، فإن كان كذلك م: (**فإن سبقت إحداهما**) ش: أي إحدى الشهادتين م: (**وقضى بها**) ش: أي وقضى القاضي بها م: (**ثم حضرت الأخرى**) .

ش: أي الشهادة الأخرى م: (**لم تقبل ؛ لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية**) ش: لأن الحكم بالثانية ينافي الحكم بالأول ، وقد صحت ظاهرًا حيث اتصل الحكم بها ينتقض بالكذب ، فبقيت كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان ، أحدهما نجس فوقع تحريه على أحدهما وصلى فيه ، ثم وقع تحريه على الآخر لا يجوز الصلاة فيه ، لأن الأول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري آخر .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (**وإذا شهد على رجل أنه سرق**

بقرة ، واختلفا في لونها قطع ، وإن قال أحدهما :بقرة، والآخر ثوراً، لم يقطع . وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا :لا يقطع في الوجهين جميعًا .وقيل :الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة ، لا في السواد والبياض وقيل :هو في جميع الألوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة ، وصار كالغصب بل أولى؛ لأن أمر الحد أهم ،فصار كالذكورة والأنوثة.وله أن التوفيق ممكن ؛لأن التحمل في الليالي من

بقرة واختلفا في لونها) ش: بأن قال أحدهما : إنها سوداء ، وقال الآخر : بأنها صفراء م: (قطع وإن قال أحدهما: بقرة) ش: أي بأنه سرق بقرة م: (والآخر ثوراً) ش: أي وقال الآخر : إنه سرق ثوراً م: (لم يقطع، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله) .

م: (وقالا : لا تقطع في الوجهين جميعًا) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- ، وقال التمرتاشي -رحمه الله- : هذا الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وصاحبيه فيما إذا سرق بقرة فقط ، أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء ،

لا تقبل شهادتهما إجماعًا ، لأن كذب أحد الشاهدين وكذا الخلاف فيما إذا ادعى سرقة ثوب فقط ، أحدهما هروي ، وقال الآخر : مروزي ، فإن اختلفا في الزمان والمكان يقبل بالإجماع .

م: (وقيل : الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة) ش: لأن الحمرة الشديدة تظهر م: (لا في السواد والبياض) ش: لأنهما لا يتشابهان أصلاً م: (وقيل: هو) ش: أي الاختلاف بين أبي حنيفة-رحمه الله - وصاحبيه -رحمهما الله - م: (في جميع الألوان) ش: وذكر في «المبسوط» أن الكل على الخلاف في الأصح .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف -رحمه الله - ، ومحمد -رحمه الله- م: (أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء ، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة) ش: فلا اختلاف في المشهود به فلا يقبل م: (وصار كالغصب) ش: يعني شهد الغصب بقرة واختلفا في لونها .

م: (بل أولى؛ لأن أمر الحد أهم) ش: لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات ، والثابت هنا قد يسقط بالشبهات .

ولأن الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال ، فلأن يمنع في الحر أولى ، كما لو اختلفا في قدر القيمة م: (فصار والذكورة كالأنوثة) ش: في المغايرة .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله - م: (أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من

بعيد،واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد، فيكون السواد من جانب وهذا يبصره ،والبياض من جانب آخر ، وهذا الآخر يشاهده، بخلاف الغصب؛ لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة .وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه .

بعيد) ش: إذا أكثر السرقات تكون في الليالي ، وتحمل الشهادة من بعيد م: **(واللونان يتشابهان)** ش: كالحمرة والصفرة م: **(أو يجتمعان)** ش: أي اللونان بين ذلك بقوله :

م: **(في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره ، والبياض من جانب آخر هذا)** ش: أي الآخر م: **(يشاهده)** ش: وكل واحد يشهد بما رآه .

فإن قيل : لو كانت البقرة على هذه الصفة ، يقال لها : أبلقًا لا سوداء ولا بيضاء .

قلت : نعم، كذلك لمح ولكن في حق من يعرف اللونين . أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما يكون عنده ذلك اللون كذا في «المبسوط» . وإذا كان التوافق ممكنًا وجب القبول، كما إذا اختلف شهود الزنا في سبب واحد، وقال الأكمل -رحمه الله- : وفيه بحث من وجهين : أحدهما : أن طلب التوفيق ها هنا لاحتيال أسباب الحد ، وهو القطع ، والحد يحتال لدونه لا لإثباته .

والثاني : أن التوفيق وإن كان ممكنًا ، ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما لم يثبت بالشبهات ، فكيف يمكن اعتباره فيما يدربها .

والجواب عن الأول : أن ذلك إنما كان احتيالاً لإثباته إذ لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله ، وهو من صلب الشهادة ، كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابًا تقطع به أو لا . وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفنا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله ، فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد ، لإمكان ثبوته به .

ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك ، فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ، ولم يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم ، بخلاف الذكورة والأنوثة ، فإنهما يكلفان النقل بذلك ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلاف في صلب العقد . وعن الثاني بأنه جواب القياس ، لأن القياس اعتبار مكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا .

م: **(بخلاف الغصب)** ش: هذا جواب عن مسألة الغصب وهو قوله م: **(لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه)** ش: أي لأن تحمل الشهادة في الغصب يكون بالنهار ، إذ الغصب يكون فيه غالباً م: **(والذكورة والأنوثة)** ش: جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فإنهما م: **(لا يجتمعان في واحدة. وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه)** ش: أي في حيوان عادة ، ولأن الشاهدين

قال : ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمسمائة ، فالشهادة باطلة ،لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ،ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ، ولم يتم العدد على كل واحد ، ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه. وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أوأكثرهما لما بينا . وكذلك الكتابة

يكلفان بيان الذكورة والأنوثة ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» م: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمسمائة ، فالشهادة باطلة)** .

ش: قال الأترازي -رحمه الله- : كان المناسب ذكر هذه المسألة بعد قوله : وإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمسمائة .

قلت : تلك المسألة في دعوى المال ، وهذه في دعوى العقد م: **(لأن المقصود إثبات السبب ، وهو العقد، ويختلف باختلاف الثمن ، فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد)** ش: لأن اختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة ، وكذا نقصان العدد يمنع .

م: **(ولأن المدعي)** ش: دليل آخر على ذلك م: **(يكذب أحد شاهديه)** ش: صورة المسألة في «الجامع الصغير» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه قال في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع ، فيقيم عليه شاهداً بألف وخمسمائة ، وشاهداً بألف ، قال : هذا باطل .

م: **(وكذلك)** ش: أي وكذا الشهادة باطلة م: **(إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما)** ش: يعني سواء ادعى أقل المالين أو أكثر ، وفي «الفوائد الظهيرية» عن السيد الإمام الشهيد أبي القاسم السمرقندي -رحمه الله- : يقبل ، لأن الشراء لواحد قد يكون بألف ، ثم يصير بألف وخمسمائة ، بأن اشترى ثم زاد في الثمن ، فقد انقضى على الشراء الواحد م: **(لما بينا)** ش: وهو أن المقصود إثبات السبب .

م: **(وكذلك الكتابة)** ش: أي كالبيع ؛ لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع ، [و] هنا تسع مسائل : البيع ، والكتابة ، والخلع ، والطلاق ، والإعتاق على مال ، والصلح على دم العمد ، والرهن والنكاح ، والإجارة .

وقال الأترازي -رحمه الله- بعد أن نقل ما ذكره محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : وهذه ثمان مسائل ، لأنه لم يذكر الطلاق . وأشار المصنف -رحمه الله- إلى الكتابة بقوله : وكذلك الكتابة بعد أن ذكر البيع ، فالبيع هو المسألة الأولى والكتابة هي الثانية .

لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر . كذا إذا كان هو المولى؛لأن العتق لا يثبت قبل الأداء ، فكان المقصود إثبات السبب . وكذا الخلع والإعتاق على مال ، والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل ، لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه. وإن كانت الدعوى من جانب آخر ، فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه ، لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق ، فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن

وفي «قاضي خان» -رحمه الله-: بمنزلة البيع إذ كان الدعوى من العبد ، لأنه يدعي العقد أشار إليه المصنف -رحمه الله- بقوله : م: **(لأن المقصود هو العقد)** ش: أي عقد الكتابة م: **(إن كان المدعي هو العبد فظاهر)** ش: فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة كما في البيع والشراء .

م: **(وكذا)** ش: أي وكذا لا تقبل الشهادة م: **(إذا كان)** ش: أي المدعي م: **(هو المولى ؛ لأن العتق لا يثبت قبل الأداء)** ش: أي قبل إذًا بدل الكتابة ، وبدل الكتابة لا يكون إلا بعقدالكتابة وهو معنى قوله : م: **(فكان المقصود إثبات السبب)** ش: أي العقد والثالثة من المسائل الخلع أشار إليه بقوله م: **(وكذا الخلع)** ش: بأن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج والرابعة منها هو قوله م: **(والإعتاق على مال)** ش: والخامسة هو قوله م: **(والصلح عن دم العمد)** ش: فالحكم في هذه المسائل الثلاث م: **(إذا كان المدعي هو المرأة)** ش: في مسألة الكتابة م: **(أو العبد)** ش: أي وإن كان المدعي هو المرأة في مسألة الخلع م: **(أو القاتل)** ش: أي وإن كان المدعي هو القاتل في مسألة الصلح عن دم العمد فلا خفاء في هذه الثلاثة م: **(لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه)** ش: أي إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه .

م: **(وإن كانت الدعوى من جانب آخر)** ش: وهو المولى والزوج وولي القصاص ، بأن قال المولى : أعتقتك على ألف وخمس مائة ، والعبد يدعي الألف وقال الزوج : خالعتك على ألف وخمسمائة ، والمرأة تدعي الألف ، وقال ولي القصاص : صالحتك على ألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف م: **(فهو بمنزلة دعوى الدين)** ش: أي كانت الدعوى مثل دعوى الدين وهو البدل وهو المبدل لوقوع العتق والطلاق والعفو بإقرار المولى والزوج وولي القصاص م: **(فيما ذكرنا من الوجوه)** ش: المذكورة من أنه يقبل على الألف إذا ادعى ألفاً وخمسمائة بالاتفاق وإذا ادعى ألفين لا تقبل عند أبي حنيفة -رحمه الله- خلافاً لهما وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما م: **(لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق)** ش: وهو المعتق والزوج والولي م: **(فبقي الدعوى في الدين)** ش: وهو البدل والمسألة السادسة هي قوله م: **(وفي الرهن)** ش: أي إذا شهد أحد الشاهدين بالألف والآمر بألف وخمسمائة .

إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل؛ لأنه لا حظ له في الرهن ، فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين، وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع ، وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين . قال:فأما النكاح ، فإنه يجوز بألف استحسانًا . وقالا: هذا باطل في النكاح أيضًا،

م: (**إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل**) ش: الشهادة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الراهن م: (**لاحظ له في الرهن**) ش: لأنه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعواه غير مفيدة ، فكانت كأن لم يكن وهو معنى قوله م: (**فعريت الشهادة عن الدعوى**) ش: فلا تقبل .

م: (**وإن كان**) ش: أي المدعي م: (**هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين**) ش: يقضى بأقل المالين إجماعاً .

فإن قيل : الرهن لا يثبت إلا بالإيجاب والقبول فكان عقداً كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع أو الشراء وإن كانت الدعوى من المرتهن .

قلنا: لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن كان له أن يرد الراهن متى شاء ، بخلاف الراهن لأنه ليس له استرداد الرهن متى شاء ، فكان الاعتبار دعوى الدين في جانب المرتهن ، لأن الرهن لا يكون بالدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ، ويثبت الرهن بالألف ضمناً ، وتبعاً للدين ، والمسألة السابعة هي قوله : م: (**وفي الإجارة**) ش: أي اختلاف الشهادة إذا كان في الإجارة م: (**إن كان ذلك**) ش: أي الدعوى على تأويل الادعاء م: (**في أول المدة**) ش: قبل استيفاء المنفعة م: (**فهو نظير البيع**) ش: يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع ، لأن المقصود إثبات العقد ، وقد اختلف باختلاف البدل م: (**وإن كان بعد مضي المدة**) ش: واستيفاء المنفعة م: (**والمدعي**) ش: أي والحال أن المدعي

م: (**هو الآجر فهو دعوى الدين**) ش: أي المال فيقضي بأقل المالين إذا ادعى الأكثر ، إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد ، وإن كان المدعي هو المستأجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافاً بمال الإجارة ، فيجب عليه ما اعترف ، فلا حاجة فيه حينئذ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما . والمسألة الثانية هي قوله :

م: (**قال**) ش: أي أبي حنيفة -رحمه الله- : م: (**فأما النكاح**) ش: يعني إذا اختلف المشهود فيه ، فقال أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة م: (**فإنه**) ش: أي فإن النكاح م: (**يجوز بألف استحسانا**) ش: كما في دعوى الدين .

م: (**وقالا: هذا باطل في النكاح أيضاً**) ش: يعني كما هو باطل في البيع يعني فلا تقبل الشهادة

وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة - رحمهما الله - . لهما أن هذا اختلاف في العقد؛ لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن المال في النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ، ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ،

ولا يقضي بالنكاح . م: (**وذكر في «الأمالي» قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة -رحمهما الله -**) ش: قال فخر الدين قاضي خان -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : وذكر في الدعوى عن «الأمالي» قول أبي يوسف -رحمه الله- مع قول أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**لهما**) ش: أي ولأبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- م: (**أن هذا اختلاف في العقد**) ش: لأن النكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة .

م: (**لأن المقصود من الجانبين السبب**) ش: والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة م: (**فأشبه البيع**) ش: كما إذا اختلف الشاهدان فيه بأن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألفين فلا تقبل ، كذا هذا م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله-: أن المال في النكاح تابع**) ش: ولهذا يصح بلا تسمية مهر وملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال ، كالعم ، والأخ ، والاختلاف في البائع لا يوجب اختلاف في الأصل .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في النكاح هذا دليل أخذ تقريره أن الأصل في النكاح م: (**الحل**) ش: هو حل البضع م: (**والازدواج والملك**) ش: هو ملك البضع ، لأن شرعيته كذلك ولزوم المهر لمصون الحل الخطر عن الاستبذال بالتسلط عليها مجاناً م: (**ولا اختلاف**) ش: للشاهدين م: (**فيما هو الأصل فيثبت**) ش: أي الأصل .

م: (**ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل**) ش: أي بأقل المالين م: (**لاتفاقهما عليه**) ش: أي لاتفاق الشاهدين على الأقل . واعترضوا عليه بأن هذا تكذيب لأحد الشاهدين ، وأجيب بأن التكذيب فيما ليس بمقصود ، وهو المال ، والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد .

م: (**ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما**) ش: قال الأكمل -رحمه الله- : قال المصنف-رحمه الله- : ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما بكلمة « أو »، والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي ، انتهى .

قلت : كان في نسخة بكلمة « أو »، فكذلك اعترض ، وليس كذلك، فإن النسخ كلها بالواو حتى في نسخة شيخي العلاء -رحمه الله- التي هي العمدة م: (**في الصحيح**) ش: احترازاً عما قال

ثم قيل : الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان الزوج هو المدعي إجماع ، على أنه لا تقبل ؛لأن مقصودها قد يكون المال، ومقصوده ليس إلا بالعقد . وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح ، والوجه ما ذكرناه .

بعضهم ، وأنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين ، وإليه ذهب شمس الأئمة -رحمه الله .

م: (**ثم قيل :الاختلاف**) ش: أي بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان الزوج هو المدعي إجماع**) .

م: (**على أنه لا يقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد**) ش: فيكون الاختلاف فيه يمنع القبول .

م: (**وقيل: الاختلاف**) ش: أي الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**في الفصلين**) ش: جميعاً ، يعني فيما إذا كان مدعي النكاح الرجل والمرأة م: (**وهذا أصح**) ش: أي الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وصاحبيه في الفصلين جميعاً أصح .

وقال الأترازي -رحمه الله- : ولنا في قوله وهذا أصح نظراً لما أنهم لم يذكروا الخلاف في «شرح الجامع الصغير» و«شرح الطحاوي» فيما إذا كان المدعي هو الزوج ، بل قالوا : لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد ، انتهى .

قلت : عدم ذكرهم في «شرح الجامع الصغير» [و]«شرح الطحاوي» لا يستلزم عدم ذكر غيرهم م: (**والوجه ما ذكرناه**) ش: أشار به إلى ما ذكر في دليل الطرفين عند قوله : لهما أن هذا اختلاف في العقد . . إلى آخر ما ذكره .

* * *

فصل في الشهادة على الإرث

قال : ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها وأودعها الذي هي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثًا له. وأصله أنه متى ثبت الملك للمورث لايقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثًا له عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله-، هو يقول :إن ملك الوارث . ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوراث وهما يقولان :إن ملك الوارث متجدد

م: (فصل في الشهادة على الإرث)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم الشهادة على الإرث ، ولما ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالإحياء شرع يذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت ، بحسب مقتضى الوقائع .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها وأودعها الذي هي في يده ، فإنه يأخذها**) ش: أي فإن المدعي الذي أقام البينة يأخذ الدار بهذه البينة م: (**ولا يكلف البينة**) ش: أي يشهدوا م: (**أنه**) ش: أي أن أباه م: (**مات وتركها ميراثاً له**) ش: أي لابنه . وفي «الفوائد الظهيرية» : هذا بالإجماع ، لكن على اختلاف التخريج .

فأبو يوسف -رحمه الله- لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البينة ، وأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -وإن كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال ، بأن يقول الشاهد عند الشهادة : هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له . أما ها هنا لم يشترطا لأن المدعي أثبت لمورثه يداً إلى المدعي بما أقام من البينة ، لأن يد المستودع والمستعير ، يد المودع والمعير ، فصار كأنه أقام البينة بأن أباه مات والدار في يده ، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا . م: (**وأصله**) ش: أي أصل حكم الشهادة على الإرث م: (**أنه**) ش: أي الشأن م: (**متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث**) ش: أي لا يحكم له بذلك الملك م: (**حتى يشهد الشهود أنه**) ش: أي أن المورث م: (**مات وتركها**) ش: أي ترك تركة م: (**ميراثاً له**) ش: أي لهذا الوارث م: (**عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله-، خلافاً لأبي يوسف -رحمه الله-**) ش : هذا الخلاف مبني على الأصل المذكور ، وهو أن الشهادة بالميراث يحتاج إلى الجر والانتقال عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ولا تحتاج إلى ذلك عند أبي يوسف- رحمه الله - هو يقول أي أبو يوسف يقول :

م: (**هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث**) ش: لكون الوراثة خلافه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وإذا كان كذلك م: (**فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به**) ش: أي بالملك م: (**للوارث**) .

م: (**وهما**) ش: أي أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: (**يقولان :إن ملك الوارث متجدد في**

في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل الوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير ، فلا بد من النقل ، إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده على ما نذكره إن شاء الله تعالى . وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده، فأغنى ذلك عن الجر والنقل . وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت

حق العين حتى يجب عليه) ش: أي على الوارث م: (الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل الوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير) ش: وإن كان المورث غنياً ، فلما كان ملكه متجدداً ، فلا بد من إثبات الملك له ابتداء وهو معنى قوله م: (فلا بد من النقل) ش: بأن يقول الشهود : إنه مات وترك هذا الشيء ميراثاً لهذا لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً .

م: (إلا أنه يكتفى بالشهادة) ش: هذا استثناء من قوله : لا بد من النقل ، يعني عندهما لا بد من الجر والنقل إلا أن الشهادة يكتفى بها م: (على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده) ش: أي يكتفى بالشهادة على قيام يده عند الموت ، لأن اليد حينئذ تصير يد ملك بالضمان .

لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه ويعطي ما كان عنده من الودائع والغصوب ، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه والأمانات تصير مضمونة بالتحصيل بأن مات ولم يبين أنها وديعة فلان ، لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو متعة يجب الضمان به . وإذا ثبت هذا لمن قام بينه على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق .

أما عند أبي حنيفة -رحمه الله- : فلأنه لا يوجب الجر في الشهادة . وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر م: (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) ش: هذا إشارة إلى ما نذكره عن قريب بقوله : لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك .

م: (وقد وجد الشهادة على اليد في مسألة الكتاب) ش: أي هذا الكتاب وهي المسألة التي ذكرها عقيب الفصل بقوله : ومن أقام بينة على دار بها كانت لأبيه . . . إلى آخرها ، والحاصل : أنه أشار بهذا إلى أن هذه المسألة متفق عليها ، وأشار إلى بيان وجهها بقوله م: (لأن يد المستعير والمودع) ش: بفتح الدال م: (والمستأجر) ش: بكسر الجيم أي ويد المستأجر م: (قائمة مقام يده) ش: أي يدأب المدعي الذي أقام بينة أنها كانت لأبيه م: (فأغنى ذلك) ش: إلى قيام يده عند الموت م: (عن الجر والنقل) .

م: (وإن شهدوا أنها) ش: أي أن هذه الدار م: (كانت في يد فلان مات وهي في يديه ، جازت

الشهادة ، لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل ، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت. وإن قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنها تقبل ؛لأن اليد مقصودة كالملك ،ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل ، فكذا هذا، فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول؛ لأن اليد منقضية

الشهادة) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : قوله« وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان» أي يد أبيه ، وصرح صدر الشهيد -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» حيث قال وإن شهدوا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده جازت الشهادة؛ م: **(لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان)** ش: لأنهم لما شهدوا له باليد وقت الموت فلا يخلوا أما أن يكون يد ملك أو يد أمانة فإن كانت يد ملك فلا شك ، وإن كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان ، وإن كانت أمانة تصير يد غصب بالتجهيل وهو معنى قوله م: **(والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل)** ش: فيصير يد ملك م: **(فصار)** ش: أي قول الشاهد بأنها كانت في يده وقت الموت م: **(بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت)** ش: فيثبت النقل إلى الورثة بالضرورة . وروي عن الحسن: أنها لا تقبل ، لأنهم شهدوا بيد منقضية ، والأصح أنها تقبل لما مر .

م: **(وإن قالوا لرجل حي:)** ش: ذكر هذه المسألة استطراداً ، إذ هي ليست من باب الميراث أي وإن قال الشهود لرجل حي ، يعني إذا كانت الدار في يد رجل حي ، فادعاها رجل آخر ، وليست الدار في يده ، فقالوا : إنها له فشهدوا أنها له وقيد بقوله «حي» ، لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت في يده وقت الموت تقبل بالإجماع وقيد بقوله : م: **(نشهد أنها كانت في يد المدعي)** ش: لأنهم لو شهدوا أنها كانت له تقبل بالإجماع ، كذا في «قاضي خان -رحمه الله-»، وقوله م: **(منذ أشهر)** ش: وجوده كعدمه ، لأن الخلاف ثابت فيما لم يذكره م: **(لم تقبل)** ش: أي هذه الشهادة .

م: **(وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنها تقبل ؛لأن اليد مقصودة كالملك)** ش: إذا ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيد فكذا في اليد م: **(ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل ، فكذا هذا فصار)** ش: هذا م: **(كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي)** ش: يعني لو شهدوا أنها كانت في المدعي ، وأخذها المدعي عليه الذي هو صاحب اليد يقبل الشهادة وترد الدار إلى المدعي ، وكذا إذا اقر المدعى عليه بأنها كانت في يد المدعي ترد على ما ذكر في الكتاب .

م: **(وجه الظاهر وهو قولهما)** ش: أي قول أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله- : م: **(أن الشهادة قامت بمجهول ؛ لأن اليد منقضية)** ش: أي زائلة ، يعني يد المدعي زائلة في الحال ، وليست بقائمة

وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ، فتعذر القضاء بإعادة المجهول؛ بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الأخذ ؛لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به ، وليس الخبر كالمعاينة وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي ؛لأن الجهالة في المقربة لا تمنع صحة الإقرار. وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه ، لأن المشهود به ها هنا الإقرار وهو معلوم.

حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر م: **(وهي)** ش: أي اليد م: **(متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان)** ش: فإذا كان كذلك كانت مجهولة

م: **(فتعذر القضاء بإعادة المجهول)** ش: تعذر الحكم بإعادتها مع قيام الجهالة م: **(بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الأخذ؛ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد)** ش: كيف ما كان .

قال عليه السلام : «**على اليد ما أخذت حتى ترد**» م: **(ولأن يد ذي اليد معاين ، ويد المدعي مشهود به)** ش: والشهادة خبر .

م: **(وليس الخبر كالمعاينة)** ش: لاحتمال زوال اليد بعدما كانت والمعاين راجح ، لأن المعاينة توجب العلم والشهادة عليه الظن ، فما كان موجباً للعلم أولى قال ليس في كثير من النسخ لفظ قال م: **(وإن أقر بذلك المدعى عليه)** ش: أي أقر بأن الدار كانت في يد المدعي م: **(دفعت إلى المدعي؛ لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار)** ش: بل يجب عليه بيانه كما لو أقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه .

م: **(وإن شهد شاهدان أنه أقر)** ش: أي المدعى عليه أقر م: **(أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه؛لأن المشهود به ها هنا الإقرار وهو معلوم)** ش: أي المشهود به وهو الإقرار معلوم ، والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست بمانعة لصحة الإقرار .

* * *

باب الشهادة على الشهادة

قال : الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ، وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها ، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق . ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت ،إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية ، أو من حيث أن فيها زيادة احتمال ،

م: (باب الشهادة على الشهادة)

ش:أي هذا باب في بيان حكم الشهادة على الشهادة ولما كانت الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول استحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م: (**الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة**) ش: أراد به غير الحدود والقصاص ، وبه قال أحمد - رحمه الله- والشافعي - رحمه الله - في قول .

وقال مالك - رحمه الله - : يقبل في كل الحقوق سواء كان حداً أو غيره ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح م: (**وهذا**) ش: أي جواز الشهادة على الشهادة م: (**استحسان لشدة الحاجة إليها**) ش: والقياس يأتي يجوازها لتمكن الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تداولتها الألسن يتمكن فيها زيادة ونقصان ولأن أداء الشهادة عبادة والعبادة لا تجري فيها النيابة لأنها جوزت استحسانًا م: (**إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض**) ش: كالموت والسفر والغيبة .م: (**فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق**) ش: أي ضياعها وهلاكها م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل إتواء الحقوق عند عدم جواز الشهادة على الشهادة م: (**جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت**) ش: أى الشهادة على الشهادة وإن بعدت.

م: (**إلا أن فيها**) ش: أي لكن في الشهادة م: (**شبهة من حيث البدلية**) ش: لأن البدل محالاً لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ، فإن قيل لو كان فيها معنى البدلية ينبغي أن لا يجوز الجمع بين الأصل والفرع ، فإن القاضي لو قضى بشاهد أصل وشاهدين فرعين يجوز ، وتكميل الجمع بين الأصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء والتيمم ، ذكره في «الكافي» .

أجيب: بأن البدلية إنما هي في المشهود به فشهادة الفروع هي شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي ، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الأصول فلم يمنع إتمام الأصول بالفروع م: (**أو من حيث أن فيها زيادة احتمال**) ش: معطوف على قوله من حيث البدلية ، يعني أن فيها شبهة من حيث إن فيها زيادة احتمال ، فإن في شهادة

وقد أمكن الاحتـراز عنه بجنس الشهود فلا تقـبل فيما يندرئ بالشـبهات كالحـدود والقصاص . وتجوز شهـادة شاهدين على شهادة شـاهدين . وقال الشافعي -رحمـه الله-: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان ؛ لأن كل شاهدين قائمـان مقام شاهد واحد،فصـار كالمرأتين. ولنا قول علي -رضي الله عنه -:لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ،

الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة ، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم . م: (**وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود**) ش: يعني بشهود الأصل م: (**فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص**) ش: فالشافعي -رحمه الله- في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص .

فإن قيل : ذكر في« المبسوط» : أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلاناً حداً في قذف تقبل حتى يرد شهادة فلان .

قلنا : المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات ، وإنما الذي لا يثبت مع الشبهات إلا يناب لموجب العقوبة وإقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجب للعقوبة .

فإن قيل : أليس أن إقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة؟ .

قلنا : لا ، ولكن رد شهادة من تمام الحد ، فيكون ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف .

م: (**وتجوز شهادة شـاهدين على شهادة شاهدين ، وقال الشافـعي -رحمه الله- :لا يجوز إلا الأربع علـى كل أصل اثـنان**) ش: أي شـاهدان من الأربع ، وبه قـال عـبد الملك المالكي-رحـمـه الله- ، واختـاره المزني -رحـمه الله- ، م: (**لأن كل شاهديـن قائمان مـقام شـاهد واحد**) ش: فلا تتم حـجة القضاء بشهادتهما .

م: (**ولنا قول علي -رضي الله عنه- لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين**) ش: هذا غريب ، يعني لـم يثبت ، والذي روي عن علي -رضي الله عنه- مـا رواه عبد الرزاق-رحـمه الله- في «مصنفه » أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن حسين عن أبيه عن جده عن علي -رضي الله عنه- قال : « **لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان** »[1] .

وقال الأترازي -رحمه الله- : ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي -رضي الله عنه- أنه جـوز شهـادة رجلين على شهـادة رجل إلا شهـادة رجلين ، وجه الاستـدلال بذلك : أن علياً -رضي الله عنه- جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ، على شهادة رجل آخر ، ولم يشترط أن

---

(١) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٣٣٨) من طريق إبراهيم بن أبي يحيي الأسلمي عن حسين بن ضميرة عن أبيه عن جده عن جده عن على . . موقوفًا . وإسناده فيه الأسلمي وهو ضعيف جداً .

ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر ، فتقبل . ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك -رحمه الله -ولأنه حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع :أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي

يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة [. . .] إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الأصلين ، ، ولم يرد عن غير علي رضي الله عنه خلافه فحل محل الإجماع . قلت : فيه تأمل . م: (**ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق**) ش: يعني حق من الحقوق إذ طريق جواز الشهادة على الشهادة نقل الشهادة م: (**فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر**) ش: فكمل نصاب الشهادة م: (**فتقبل**) ش: لكمال النصاب .

م: (**ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا**) ش: أي من قول علي رضي الله عنه م: (**وهو**) ش: أي قول علي- رضي الله عنه- م: (**حجة على مالك -رحمه الله-**) ش: فإنه قال في كتبنا : وقال مالك -رحمه الله- : يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد ، ولكن ذكر في «جواهر المالكية» : لا يجوز ، وكذا ذكر في« الحلية» ، فإذا كان كذلك كيف يكون قول علي -رضي الله عنه- حجة على مالك -رحمه الله- وفي «الحلية» : أنه على قول أحمد -رحمه الله- وابن أبي ليلى وعبد الله بن شبرمة والحسن البصري وعبد الله بن الحسن العنبري وعثمان البتي وإسحاق -رحمهم الله- . يثبت بشهادة واحد شهادة الأصل الواحد ، لأن الفرع قائم مقام الأصل م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن نقل الشهادة م: (**حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة**) ش: إذ النصاب شرط فلا بد منه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عند بكذا وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه**) ش: أي عن الأصل ، وإنما قال كالنائب ، ولم يقل نائب عنه ، لأنه لو كان نائباً عنه حقيقة ، لما جاز الجمع عند فرعين ، وأصل بيانه أن للقاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر . ولو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم م: (**فلابد من التحميل والتوكيل**) ش: لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل م: (**إلى مجلس القضاء**) ش: ، فلا بد من التحميل ، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل م: (**على ما مر**) ش: أي الذي مضى قبله في فصل ما يتحمله الشاهد .

م: (**ولا بد أن يشهد**) ش: أي الأصل م: (**كما يشهد عند القاضي**) ش: أي كما يشهد الأصل عند

لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز ، لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة ، وإن لم يقل له أشهد ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانًا أشهدني على شهادته أن فلانًا أقر عنده بكذا، وقال لي: أشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته . وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها.

القاضي بلا تفاوت في القول ، بأن يقول إني أشهد أن فلاناً بن فلان أقر عندي بكذا فأشهد أنت على شهادتي م: (**لينقله إلى مجلس القضاء**) ش: أي لينقل الفرع إلى ما أشهده الأصل إلى مجلس القاضي م: (**وإن لم يقل**) ش: أي الأصل عند الفرع م: (**أشهدني على نفسه**) ش: أي المقر أوالمدعى عليه م: (**جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة، وإن لم يقل له:**) ش: أي وإن لم يقل الغير م: (**أشهد**) ش: علي .

م: (**قال:**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا ، وقال لي أشهد على شهادتي بذلك لأنه لابد من شهادته**) أي شهادة الفرع م: (**وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل**) ش: أما شهادة الأصل فلا بد له ثم يخبر بعد ذلك بصفة ما نفع عليه شهادته وهو التحميل .

م: (**ولها**) ش: أي لشهادة الفرع عند الأداء م: (**لفظ أطول من هذا**) ش: أي من الذي ذكره القدوري -رحمه الله - وهو كما قال الخصاف وغيره أن الفرع يقول عند القاضي أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته ، وأمرني أن أشهد على شهادته ، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن ، فيحتاج إلى ثمان شيئات، واختاره أبو الليث -رحمه الله- وأستاذه أبو جعفر الهندواني -رحمه الله- .

وفيما ذكر في الكتاب خمس شيئات واختاره الحلواني م: (**وأقصر منه وخير الأمور أوسطها**) ش: وهذا أن يقول الفرع : أشهد على شهادة فلان بكذا جاز فيه شيئان، واختاره أبو الليث -رحمه الله- وأستاذه أبو جعفر الهندواني -رحمه الله- وهكذا حكى فتوى السرخسي -رحمه الله- وهكذا ذكر محمد -رحمه الله- في «السير الكبير» ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وذكر الخصاف أنه يكفي ثلاث شيئات في الإشهاد ، وست في الأداء وهو أن يقول في الإشهاد أشهد أن فلاناً أقر عندي لفلان بكذا فأشهد عندي أن لفلان على فلان كذا ، وأشهدني على شهادته إلا أن أنا أشهد على شهادة أن لفلان على فلان كذا، وهذا معنى ما قاله في «نظم الجامع»، ويؤتي بشيئات ثلاث لحملها ، وبالست في حال الأداء مردود .

وفي «الفتاوى الصغرى» : شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا للقاضي : نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما ، يشهدان

ومن قال أشهدني فلان على نفسه ، لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له: أشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل . وهذا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعًا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ، وكذا عندهما ، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة ، فيظهر تحميل ما هو حجة.قال : ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً،

بكذا، وقالا للقاضي : لا نسميهما لك أو قالا : لا نعرف اسمًا لهما ، لم تقبل حتى يسميا لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة .

م: **(ومن قال : أشهدني فلان على نفسه ،لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له: أشهد على شهادتي ؛ لأنه لا بد من التحميل . وهذا هو ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع)**: ش يعني اشتراكهم في الضمان أن المشهود عليه بالخيار بين تضمين الأصول وبين تضمين الفروع ، فليس معناه أن يقضي بنصف الضمان على الأصول وبنصفه على الفروع ، بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب .

وفي «الذخيرة» : لو ضمن الفروع لا يرجعون على الأصول كما في الغصب وإن ضمن الأصول لا يرجعون على الفروع بخلاف لو ضمن الغاصب حتى رجع على غاصب الغاصب .

م: **(وكذا عندهما)**: ش أي وكذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله-: لا بد من التحميل . إن كان القضاء مضافاً إلى الفروع حتى وجب الضمان عل الفروع ، خاصة عند رجوع الأصول والفروع جميعاً فلا بد من التحميل .

وليس للفروع أن ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم م: **(لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة، فيظهر تحميل ما هو حجة)**: ش أي يظهر بالنقل تحمل ما هو حجة ، ولو لا التحميل لم يوجد الفعل والنقل إلى مجلس القاضي حجة حتى يتبين أنهم تحملوا ما هو حجة ، والنقل لا بد له من التحميل والتوكيل .

قوله : م: (فيظهر) بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله : لا بد . ويجوز أن يكون معطوفاً على قوله : ليصير وهذا أظهر .

م: **(قال)** أي القدوري -رحمه الله - **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً)**: ش قدر الغيبة بمدة السفر لتعلق الأحكام بمدة السفر كقصر الصلاة والإفطار في العموم وابتداء مسح الخف ، وكتكبيرات التشريق عند أبي حنيفة -رحمه الله- والأضحية والجمعة ، وخروج المرأة بلا محرم ، به قال الشافعي -رحمه الله- في قول

أويمرضوا مرضًا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحكم ، لأن جوازها لـلحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل . وبهذه الأشياء يتحقق العجز ،وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكمًا حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم ،وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إن كان في مكان لو غدا لأداة الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس . قالوا الأول أحسن ، والثاني أرفق . وبه أخذ الفقية أبو الليث .

أحمد في رواية ، م: **(أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه)**: ش أي مع المرض م: **(حضور مجلس الحكم ؛ لأن جوازها للحاجة)**: ش أي لأن جواز الشهادة على الشهادة لأجل حاجة الناس مع أن القياس يأباها م: **(وإنما تمس)**: ش أي الحاجة م: **(عند عجز الأصل)**: ش أي شهود الأصل .

م: **(وبهذه الأشياء)**: ش وهي الموت والغيبة والمرض م: **(يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر)**: ش أي مدة السفر في الغيبة م: **(لأن المعجز)**: ش اسم فاعل من التعجيز م: **(بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً)**: ش أي من حيث الحكم م: **(حتى أدير عليها)**: ش أي على مدة السفر م: **(عدة من الأحكام)**: ش وهي التي ذكرناها الآن م: **(فكذا سبيل هذا الحكم)**: ش أي حكم غيبة شهود الأصل .

م: **(وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه)**: ش أي الشاهد القرى م: **(إن كان في مكان لو غدا)**: ش أي أذهب بكرة النهار م: **(لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله)**: ش بعد الرواح من مجلس القاضي م: **(صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس)**: ش ،وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول ، وأحمد -رحمه الله- في رواية .

وقال مالك -رحمه الله- : لو كان بمكان لا يلزمه الحضور ، وقال بعض أصحاب مالك : لا ينقل في الحدود والأغيبة بعيدة ، فأما اليومان والثلاثة فلا ، إلا المرأة ، فإنه ينقل عنها مع حضورها في البلد .

وفي «الذخيرة» : روي عن محمد -رحمه الله- أنه يجوز كيف ما كان ، حتى إذا كان الأصل في رواية المسجد ، والفرع في رواية أخرى من ذلك المسجد تقبل ، وقال شمس الأئمة السرخسي والسعدي -رحمهما الله- في «شرح أدب القاضي» للخصاف : شهادة الفروع والأصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما ، وعلى قول أبي حنيفة : لا يجوز في «الفتاوي الصغرى» . قال محمد -رحمه الله- : أقبل الشهادة على الشهادة والشهود على شهادتهم في المصر من غير مرض ولا علة .

م: **(قالوا)**: ش أي المشايخ -رحمهم الله- : م: **(الأول)**: ش أي التقدير بثلاثة أيام م: **(أحسن)**: ش لأن العجز شرعاً يتحقق فيه م: **(والثاني)**: ش وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- : م: **(أرفق)**: ش لأن فيه رفقاً بالناس م: **(وبه)**: ش أي وبالثاني م: **(أخذ الفقيه أبو الليث)**: ش وكثير من المشايخ

قال : فإن عدل شهـود الأصل شهود الفرع جاز ، لأنهم من أهل التزكيـة، وكذا إذا شهد شاهدان فعـدل أحدهما الآخـر صح لما قلنا غاية الأمـر أن فيه منفـعة له من حيث الـقضاء بشـهادته، لكن العدل لا يتـهم بمثله ، كما لا يتـهم في شهادة نفسه ، كيف وإن قوله مـقبول في حق نفـسه، وإن ردت شهادة صاحـبه فلا تهمة . قال : وإن سكتوا عن تعديلهـم جاز. وينظر القاضي في حالهم ، وهذا عند أبي يوسف - رحمه الله - . وقـال محمد - رحمه الله - : لا تقـبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة.فإذا لم يعرفوها، لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل .

-رحمهم الله- .

م: (**قال**): ش أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن عدل شـهود الأصل شهود الـفرع جاز**): ش بنصب شهود الأصل على المفعولية ، وشهود الفرع بالرفع على الغائبة ، أي عدل الفروع الأصول جاز بإجماع الأئمة الأربعة -رضي الله عنهم- م: (**لأنهم**): ش أي لأن شـهود الأصل م: (**من أهل التزكية**): ش فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم .

وذكـر الخصاف -رحـمه الله - : يسأل القاضي للفروع عن الأصول ، ولا يقـضي قبل السـؤال ، فإن عدلوهـم ثبتت عـدالتهم في ظاهر الرواية ، وعن مـحمد -رحـمه الله- لا تثبت عدالتهم بتعديل الفروع ، لأن فيه تقبل بشـهادة أنفسـهم ، الصحيح ظاهر الرواية لأن العدل لا يتهم بمثله .

م: (**وكذا**): ش أي كذا الحكم م: (**إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا**): ش أراد به قوله أنه من أهل التزكية م: (**غاية الأمر أن فيه**): ش أي غاية ما يرد فيه من أمر الشـهادة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله ، لأنه متهم بسبب تعينه أي في تعديله م: (**منفعة له من حيث القـضاء بشهادته ، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شـهادة نفسه ، كيف وإن قوله**): ش أي لا يصح تعديل الفرع بالأصل والحال أن قوله م: (**مقبـول في حق نفسه وإن ردت شهادة صـاحبه**): ش حتى إذا انضـم إليه غيره من العدول ، حكم القاضي بشهادتهما ، وإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا تهمة**): ش حينئذ .

م: (**قال : وإن سكتـوا عن تعديلهم**): ش أي وإن سكت الفروع عن تعديل الأصول م: (**جاز**): ش أي شـهادة الفروع م: (**وينظر القاضـي في حالهم**): ش أي في حـال شـهـود الأصل ، يعني ينظر القاضي عن عدالة شـهود الأصل عن شـهود الفرع م: (**وهذا**): ش أي وهذا المذكـور م: (**عند أبي يوسف -رحمه الله-**) .

م: (**وقال محمـد -رحمه الله- : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعـدالة ، فإذا لم يعرفوها**): ش أي إذا لم يعرف الفـروع عـدالة الأصول م: (**لم ينقلوا الشـهادة فلا تـقبل**): ش كمـا لو شـهـدوا على من لا

ولأبي يوسف - رحمه الله- أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل ، لأنه قد يخفى عليهم . وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا . قال : وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ، لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين ، وهو شرط . وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم ، وقالا : أخبرانا أنهما يعرفانها ، فجاء بامرأة ، وقالا: لا ندري أهي هذه أم لا ، فإنه يقال للمدعي: هات شاهدين يشهدان أنها فلانة ، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت،

يعرفون عقله م: (**ولأبي يوسف -رحمه الله- :أن المأخوذ عليهم**): ش أي أن الواجب على شهود الفرع م: (**النقل دون التعديل لأنه**): ش أي لأن التعديل م: (**قد يخفى عليهم**): ش فيرجع الأمر إلى القاضي .

م: (**وإذا نقلوا**): ش أي شهادتهم م: (**يتعرف القاضي العدالة**): ش أي يتكلف في السؤال عن عدالتهم م: (**كما إذا حضروا**): ش أي شهود الأصل م: (**بانفسهم وشهدوا**): ش قال القاضي : يتعرف عدالتهم فكذا هذا ، وإذا قالوا : لا نعرف أن الأصول عدول أو لا ؟قال السعدي -رحمه الله- : وهذا وقولهم لأخبرك سواء فإذا قالوا لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم ويسأل من غيرهم عن حال الأصول، وهو الصحيح .

م: (**قال**): ش أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع**): ش وفي «الكافي» معنى المسألة أنهم قالوا : ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا م: (**لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين**): ش أي بين خبر الفروع وخبر الأصول م: (**وهو**): ش أي التحميل م: (**شرط**): ش لصحة شهادة الفروع .

م: (**قال**): ش أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: (**وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم ،وقالا**): ش أي قال الفرعان : م: (**أخبرانا**): ش أي الأصلان م: (**أنهما**): ش أي أن الأصلين م: (**يعرفانها**): ش أي يعرفان فلانة م: (**فجاء بامرأة**): ش أي فجاء الفرعان بامرأة ، وقال الأترازي -رحمه الله- : فجاء بامرأة بتوحيد الفعل ، أي فجاء المدعي بامرأة في بعض النسخ فجاء بلفظ التثنية م: (**وقالا:**): ش أي الفرعانم: (**لا ندري أهي هذه**): ش أي فلانة هذه م: (**أم لا فإنه**): ش أي فأن الشأن م: (**يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان**): ش بكسر التاء ، يقال هات يا رجل أي أعطني ، وللمرأة هاتي بالياء . وذكره الجوهري في الأجوف اليائي وبه قال الخليل م: (**أنها فلانة ؛ لأن الشهادة على المعرفة**): ش على وزن اسم المفعول من التعريف م: (**بالنسبة قد تحققت**): ش كما تحملوها ، فصح الفعل . ولكن قولهم : لا ندري هي هذه أم لا يوجب جرحاً في شهادتهم .

والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ، ولعلها غيرها، فلابد من تعريفها بتلك النسبة ، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها ، وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بـها في يد المدعى عليـه. وكذا إذا أنكر المدعى عليـه أن الحدود المذكـورة في الشـهادة حدود ما في يديه. قال :وكذا كتاب القاضي إلى القاضي ، لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي

م: (**والمدعى يدعي الحق على الحاضرة، ولعلها غيرها**): ش أي ولعل للمرأة الحاضرة غير تلك المرأة فوجب التوقف م: (**فلا بد من تعريفها**): ش أي من تعريف المرأة الحاضرة م: (**بتلك النسبة**): ش المذكورة وهي أن يأتي المدعي بشاهدين يشهدان أن الحاضرة فلانة بنت فلان الفلانية المعروفة بتلك النسبة .

م: (**ونظير هذا**): ش نظير حكم المسألة المذكورة م: (**إذا تحملوا الشهادة**): ش أي إذا تحملت جماعة الشهادة م: (**ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري**): ش بعدما أنكر أن يكون الحدود بها في يده م: (**لا بد من آخرين يشهدان على أن الحدود بها في يد المدعى عليه**): ش توضيحه ما قال العتابي -رحمه الله- وغيره : نظيره إذا ادعى رجل على رجل محدوداً في يده ، وشهد شهوداً أن هذه الحدود المذكورة بهذه الحدود .

ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق ، فقال المدعى عليه : الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود ، فيقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يديه محدودة بهذه الحدود ليصح القضاء .

م: (**وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه**): ش قال التمرتاشي -رحمه الله - : يعني لو قال المدعي : إن المذكور بهذه الحدود ملكه في يد المدعى عليه بغير حق ، فقال المدعى عليه : الذي في يد غيره محدود بهذه الحدود ، فلابد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء م: (**قال : وكذا كتاب القاضي إلى القاضي**): ش يعني كتب في كتابه شهد عدلان لأن عندي أن لفلان ابن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا ، فاقض عليها أنت بذلك ، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه ، ودفع الكتاب إليه وأنكرته أنها فلانة يقول القاضي : هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة بهذا الكتاب تمكن الإشارة إليها في القضاء م: (**لأنه**): ش أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**في معنى الشهادة على الشهادة**).

م: (**إلا أن القاضي**): ش جواب إشكال مقدر هو أن يقال : إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب ، فصار كأنه حضر مجلس

لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل . ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة، هذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة إلى العامة ، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة . وقيل: الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة . وقيل: السمرقندية والبخارية عامة،

المكتوب إليه وشهد .

وهناك يشترط اثنان ، فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين ، فأجاب بقوله - إلا أن القاضي . . إلى آخره ، تقديره أن القاضي م: (**لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل**): ش فلا يشترط به قاض آخر .

م: (**ولو قالوا**): ش أي الشهود م: (**في هذين البابين**): ش أي باب الشهادة على الشهود وباب كتابة القاضي فلانة بنت فلان م: (**التميمية**): ش أي المنسوبة إلى بني تميم م: (**لم يجز**): ش أي الشهادة م: (**حتى ينسبوا إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة**): ش يعني التي لا خاصة دونها أي المنسوبة ، أي الشهادة حتى إلى فخذ الخاصة ، يعني التي لا خاصة فوقها .

وقال في « الصحاح » : الفخذ آخر القبائل الست ، أولها الشعب ، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة ، ثم البطن ، ثم الفخذ . وقال في غيره : إن الفصيلة بعد الفخذ ، فالشعب بكسر الشين تجمع القبائل ، والقبائل تجمع العمائر ، والعمارة بكسر العين تجمع البطون ، والبطن يجمع الأفخاذ ، والفخذ بسكون الخاء لجمع الفصائل خذيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة .

م: (**وهذا**): ش أي عدم الجواز م: (**لأن التعريف لابد منه في هذا ، ولا يحصل**): ش أي التعريف م: (**بالنسبة العامة، وهي**): ش أي التميمية م: (**عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل**): ش أي التعريف م: (**بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة**): ش المصنف فسر الفخذ بالقبيلة الخاصة، وفسر العتابي بالأب الأعلى الذي ينسب أبوها إليه .

م: (**وقيل: الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة**): ش أي الفرغانية نسبة إلى فرغانة بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة بعدها ألف ونون وهاء، اسم لإقليم فيما وراء النهر وفيها مدن كثيرة وفيها سكك منها أوزجند، وأشار بهذا إلى أن التعريف لا يحصل بالنسبة العامة لأن الفرغانية عامة بالنسبة إلى الأوزجندية ، لأن فرغانة فيها نساء كثير اتحدت أساميهن وأسامي آباءهن بخلاف الأوزجندية فإنها خاصة لأن أوزجند اسم حارة خاصة .

م: (**وقيل : السمرقندية والبخارية عامة**): ش يعني النسبة إلى سمرقند أو إلى بخارى عامة،

وقيل :إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة، ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى ، فنزل منزلة الجد الأدنى والله أعلم.

وكل واحدة منهما فيما وراء النهر وهما مشهورتان ، والنسبة إلى كل واحدة منهما عامة .

م: (**وقيل: إلى السكة الصغيرة**) ش: أي النسبة إلى السكة الصغيرة م: (**خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة**) ش: حاصل الكلام إلى النسبة إلى ما هي خاصة مبنيًا يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما هي عامة فيها ، حيث لا يحصل التعريف بها لأن المحلة الكبيرة ومصر يشتمل كل منهما على ناس كثير يتحد أساميهم وأسامي آبائهم، فلا يحصل التعريف بذلك .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله - : لو شهد على فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباها إلى محلها وسكنها ، م: (**ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله- على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه**) ش: أي لأن الفخذ م: (**اسم الجد الأعلى**) ش: في القبيلة الخاصة م: (**فنزل منزلة الجد الأدنى والله أعلم**) ش: في النسبة وهو أب الأب .

* * *

فصل

قال أبو حنيفة - رحمه الله - :شاهد الزور أُشَهِّرُه في السوق ولا أعذره. وقالا: نوجعه ضربًا ونحبسه ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - . لهما ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا وسخم وجهه .

م: (فصل):

ش:أي هذا فصل في ذكر شهادة الزور، ذكره بفصل على حدة ، لأن لها أحكامًا مخصوصة وآخرها لأن الأصل هو الصدق .

م: (**قال أبو حنيفة- رحمه الله -: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعذره**) ش: قوله : شاهد الزور كلام إضافي مبتدأ، وقوله : أشهره خبره والجملة مقول القول م: (**وقالا**) ش: أي أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : م: (**نوجعه ضربًا**) ش: بنون الجماعة وضربًا على التمييز م: (**ونحبسه**) ش: كذلك بنون الجماعة م: (**وهو**) ش: أي قولهم م: (**قول الشافعي -رحمه الله-**) ش: ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - وعامة العلماء -رحمهم الله - .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : م: (**ما روي عن عمر -رضي الله عنه - أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا وسخم وجهه**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة -رحمه الله- في «مصنفه» في الحدود : حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن مالك أن عمر -رضي الله عنه - كتب إلى عماله بالشام في الشاهد الزور يضرب أربعين سوطًا ويسخم وجهه ، ويحلق رأسه، ويطال الحبس .

وروى عبد الرزاق-رحمه الله - في «مصنفه» : أخبرنا ابن جريج قال: حديث عن مكحول أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً [(١)]، قوله : سخم من التسخيم ومن السخام وهو سواد القدر .

وقال الأكمل -رحمه الله- : من السخام بالخاء المعجمة أو بالحاء المهملة من سخم وهو

---

(١) ضعيف : رواه عبد الرازق في« المصنف» (٨/ ٣٢٦) قال : قلت لمحمد بن راشد سمعت مكحولاً يحدث عن الوليد بن أبي مالك أن عمر بن الخطاب كتب إلى عامله بالشام في شاهد الزور : أن يجلد أربعون جلدة وأن يسخم وجهه وأن يحلق رأسه وأن يطال حبسه ، فقال : لا . ولكن الحجاج بن أرطاة ذكره عنه .

قلت : رواه عبد الرزاق قال: أخبرنا يحيى بن العلاء أنه سمع الحجاج يحدث عن مكحول عن الوليد عن عمر مثله ، وثم قال: أخبرنا ابن جريج قال: حدثت عن مكحول: أن عمر بن الخطاب ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا .

قلت : يتبين من الطريق الأولى أن الحجاج هو الذي يحدث عن مكحول فالأرجح أن تكون الواسطة التي بين ابن جريج ومكحول هو الحجاج . و على هذا الوجه رواه ابن أبي شيبة ف المصنف والحجاج ضعيف ومدلس وقد عنعن .

ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر ، وله أن شريحًا كان يشهره ولا يضرب، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر، ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع ، فوجب التحقيق نظراً إلى هذا الوجه

الأسود ثم قال : لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لأنهما لا يقولان بجواز التسخيم لأنه مثلة وهو غير مشروع ، ولا تبليغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب، فإنه يدل على أن أصل الضرب مشروع في التعزير ، وما زاد على ذلك كان محمولاً على السياسة .

م: (**ولأن هذه**) ش: أي شهادة الزور م: (**كبيرة**) ش: وعدت في الحديث الصحيح من الكبائر م: (**يتعدى ضررها**) ش: أي ضرر شهادة الزور م: (**إلى العباد**) ش: بإتلاف أموالهم م: (**وليس فيها حد مقدر**) ش: من حيث الشرع م: (**فيعزر**) ش: بالتعزير المذكور .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (**أن شريحًا**) ش: وهو شريح بن الحارث الكندي القاضي -رحمه الله - م: (**كان يشهره**) ش: شاهد الزور م: (**ولا يضرب، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر، ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع**) ش: فإنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع ، وفيه تضييع للحقوق م: (**فوجب التحقيق نظراً إلى هذا الوجه**) ش: . **فإن قلت**: قال في «المبسوط» : شاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك لأنه لا يتمكن تهمة الكذب إلا في إقراره على نفسه ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة عليه ، لأنه نفى الشهادة والبينة للإثبات دون النفي .

وقال شيخ الإسلام -رحمه الله - في «مبسوطه» : شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حيًا حتى يثبت كذبه بيقين ، فأما لو قال : غلطت أو أخطأت أو أردت شهادة بتهمة أو المخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر أصلاً .

وقال أبو محمد الكاتب -رحمه الله- : هذه المسألة على ثلاثة أوجه : إما أن يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وإن رجع على سبيل الإقرار يعزر بالضرب بلا خلاف ، وإن كان لا يعلم فعلى الاختلاف .

ثم قال : لو تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك . فعلى الوجهين : إن كان فاسقًا تقبل توبته لأن الذي حمله على شهادة الزور فسقه ، فإذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه فيقبل ولم يعين في الكتاب مدة ظهور توبته ، فقال بعض المشايخ-رحمهم الله- : سنة ، وقيل : ستة أشهر، والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي .

أما لو كان مستوراً لا تقبل شهادته أبدًا، وكذا إذا كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب لا تقبل

وحديث عمر - رضي الله عنه- محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم، ثم تفسير التشهير منقول عن شريح - رحمه الله - فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر ، أجمع ما كانوا . ويقول إن شريحًا يقرأ عليكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور، فاحذروه وحذروا الناس منه . وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه يشهر عندهما أيضًا . والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما ،

شهادته أبدًا على رواية بشر -رحمه الله- ، عن أبي يوسف -رحمه الله- . وروى أبو جعفر -رحمه الله- عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقبل، قالوا: والفتوى على هذا ، كذا ذكره المحبوبي -رحمه الله- في «جامعه» .

م: **(وحديث عمر -رضي الله عنه - محمول على السياسة)** ش: هذا جواب عما استجابه من حديث عمر -رضي الله عنه - بيانه أن عمر -رضي الله عنه- فعل ذلك على طريق السياسة لا على طريق التعزير م: **(بدلالة التبليغ إلى الأربعين)** ش: لأنه لو كان على سبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حدًا في غير حد م: **(والتسخيم)** ش: بالجر عطفًا على قوله : بدلالة التبليغ وهو أيضًا يدل على ما قلنا ، ولأنه مثلة وهي منسوخة بالإجماع .

م: **(ثم تفسير التشهير منقول عن شريح -رحمه الله- فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا وإلى قومه)** ش: أي أو يبعثه إلى قومه م: **(إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا)** ش: مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعًا للقوم م: **(ويقول)** ش: أي الذي يبعثه م: **(إن شريحًا يقرأ عليكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه)** ش: حتى لا يستشهدوا به .

فإن قيل : أبو حنيفة -رحمه الله- لا يرى تقليد التابعي -رحمه الله- حتى روي عنه أنه قال : هم رجال اجتهدوا ونحن رجال يجتهدون ، وقلنا : ذكر في «النوادر» عن أبي حنيفة -رحمه الله - في تقليد التابعي الذي زحم الصحابة -رضي الله عنهم- في الفتوى، قال: أنا أقلده ، فعلى هذه الرواية ظاهر .

وعلى ظاهر الرواية قالوا : لم يذكر قوله محتجًا به ، وإنما ذكره لبيان أن احتجاجه بتجويز الصحابة -رضي الله عنهم- فعله فإنه كان قاضيًا في زمن عمر وعلي -رضي الله عنهما- ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة -رضي الله عنهم - ولم ينكره أحد من الصحابة -رضي الله عنهم- فحل محل الإجماع ، وكان احتجاجًا بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم - لا تقليد لشريح .

م: **(وذكر شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله-: أنه)** ش: أي أن شاهد الزور م: **(يشهر عندهما أيضًا ، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما)** ش: أي عند أبي يوسف ومحمد

وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود . وفي «الجامع الصغير»: شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا، وقالا:يعزران وفائدته: أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك ، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة؛ لأنه نفي الشهادة ، والبينات للإثبات والله أعلم.

-رحمهما الله – م: (**وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود. وفي« الجامع الصغير» : شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا**) ش: يعني عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله – م: (**يعزران وفائدته**) ش:، أي وفائدة وضع «الجامع الصغير» بقوله : شاهدان أقرا إلى آخره م: (**أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك**) ش: أي بالزور ، يعني أنه لا يثبت كذب الشاهد إلا بإقراره م: (**فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة؛ لأنه نفي الشهادة**) ش: فلا تسمع م: (**والبينات للإثبات والله أعلم**) ش: أي مشروعية البينات لإثبات الأحكام ، وقد مر الكلام فيه قريب.

* * *

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال: وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء. والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئًا لا على المدعي ولا على المدعى عليه ، فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم ، لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان . والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ،

م: **(كتاب الرجوع عن الشهادة):**

ش أي : هذا كتاب في بيان أحكام الرجوع عن الشهادات . وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن الرجوع يقتضي سابقة الشهادة لا محالة . قيل ركنه قول الشاهد شهدت بزور وشرطه أن يكون عند القاضي وحكمه إيجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعده ، والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء أو كان المشهود به مالاً وقد أزاله بغير عوض والرجوع عن الشهادة مشروع بالإجماع ، وعن عمر رضي الله عنه : الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله -: م: (**وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت**) ش: أي الشهادة ولا خلاف فيه م: (**لأن الحق إنما يثبت بالقضاء**) ش: أي بالحكم م: (**والقاضي لا يقضي بكلام متناقض**) ش: لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه ، والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز م: (**ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئًا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا**) ش: يعني بعد الحكم م: (**لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقض الحكم بالتناقض**) ش: لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهي لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع ، فيجب إعادة الرضاء الأول ، كذا في« المبسوط» م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الكلام الآخر م: (**في الدلالة على الصدق مثل الأول**) ش: وكلما كان كذلك ساواه واحتيج إلى الترجيح م: (**وقد ترجح الأول باتصال القضاء به**) ش: فلا ينقضه به .

م: (**وعليهم**) ش: أي وعلى الشهود م: (**ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان**) ش: فقضاه القاضي ، وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعديا ، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق م: (**والتناقض لا يمنع صحة الإقرار**) ش: هذا جواب عما يقال كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلى ما الضمان وعد

وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس ، وهو مجلس القاضي أي قاض كان،ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان .

تقريره من بعد بقوله م: (**وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: . وفي «المغني» كان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً يقول فيما رجع بعد القضاء : ينظر إلي حال الراجع إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة ، صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير ، وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه ، وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة ودونه يجب عليه التعزير .

ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان عليه ،وهو قول أستاذه حماد - رحمه الله - ،ثم رجع عن هذا وقال : لا يصح رجوعه في حق غيره وعلى كل حال لا ينقض القضاء ، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - والأئمة الثلاثة وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح «أدب القاضي» للخصاف - رحمه الله - وروي عن إبراهيم النخعي - رحمه الله - أنه كان حال الشهود فذكر مثل ما ذكرناه الآن . . . إلى آخره .

م: (**قال أي القدوري - رحمه الله -** : م: (**ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم**) ش: سواء كان هو الحاكم الأول أو غيره .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجوع عن الشهادة م: (**فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس ، وهو مجلس القاضي أي قاض كان**) ش: وقال الأكمل - رحمه الله - : وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم .

والجواب : أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية ، فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة ، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو تثبت في ضمنه فكان من توابعه .

م: (**ولأن الرجوع توبة**) ش: أي لأن الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب، م: (**والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر ، والإعلان بالإعلان**) ش: فالشهادة كانت بالإعلان والرجوع أيضاً كذلك وهذا للفظ جاء في حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن فقال معاذ -رضي الله عنه- : أوصني يا رسول الله ﷺ قال : «**عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت** ،

وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بينته عليها لأنه ادعى رجوعًا باطلاً حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل، لأن السبب صحيح . قال : وإذا شهد شاهدان بمال ، فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا . وقال الشافعي - رحمه الله -:لا يضمنان ؛ لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة .

واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر ، وإذا علمت شراً فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية»[1] .

م: (**وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان**) ش: لأنه البينة ، واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة م: (**وكذا لا تقبل بينته**) ش: أي بينة المشهود عليه م: **(عليها)** ش: أي على الشاهدين م: (**لأنه ادعى رجوعًا باطلاً**) ش: إذ الرجوع في غير مجلس القاضي باطل م: **(حتى لو أقام**) أي المشهود عليه م: (**البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل**) ش: أي بينته م: **(لأن السبب صحيح**) .

قال الأكمل -رحمه الله- : الضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئًا إلى الآن ويجوز أن يكون للمدعي ، ومعناه طلب من القاضي تضمنه وإلا كف ، واللام في قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قبول البينة أي لأن سبب قبول البينة صحيح ، وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لأن سبب الضمان صحيح ، وهو الرجوع عند الحاكم ، وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل ، فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م: (**وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في القول الأصح ، وعنه في قول لا يضمنان م: (**لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر**) ش: وواضع الحجر م: (**وقد سببا**) ش: أي الشاهدان م: (**للإتلاف تعديًا**) ش: أي من حيث التعدي فوجب الضمان على الشهود .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يضمنان ؛لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة)** ش: هذا ينتقض بشهود القصاص إذا رجعوا على أصله ، وبالمحرم إذا أمسك صيداً حتى قتله محرم

---

(١) قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢١٨) : رواه الطبراني ، وأبو سلمة لم يدرك معاذاً ، ورجاله ثقات .

قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ؛ لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي؛ لأن الحكم ماض ،فاعتبر التسبيب ، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينًا كان أو عينًا ؛لأن الإتلاف به يتحقق . ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. قال : فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، والأصل

آخر لا يقال أن الشهود لم يوجد منهم إلا مجرد القول ، ومجرد القول لا يوجب الضمان لأنا نقول يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول إذا رجعوا .

م: (**قلنا :تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ؛ لأنه كالملجأ إلى القضاء**) ش: لأن القضاء فرض عليه بما يثبت عنده ظاهرًا حتى لو لم يرد وجوب القضاء عليه يكفر ولو رأى ذلك ومع هذا أخر القضاء يفسق وإذا كان كالملجأ كان معذورًا في قضائه ، وإنما قال «كالملجأ» ولم يقل «أنه ملجأ حقيقة » ، إذ لو كان ملجأ حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشهادين في الشهادة بالقتل العمد ، إذ ظهر كذبه كما في المكره، كما هو مذهب الشافعي - رحمه الله - وليس كذلك ، وهذا لأن الملجأ حقيقة من يخاف العقوبة الدنيوية ، والقاضي إنما يخاف عقوبة الآخرة ، ولا يصير به ملجأ ، لأن كل واحد يقيم الطاعة خوفًا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهًا ، ولكن لا يجب الضمان على القاضي لأنه غير متعمد .

م: (**وفي إيجابه**) ش: أي وفي إيجاب الضمان على القاضي م: (**صرف الناس عن تقلده**) ش: أي عن تقلد القضاء ، وفي ذلك ضرر عام فيحتمل الضرر الخاص م: (**وتعذر استيفاؤه من المدعي**) ش: أيضًا م: (**لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب**) ش: لأن الشهود صاورا لأجله سببًا لإزالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا م: (**وإنما يضمنان**) ش: أي الشاهدان م: (**إذا قبض المدعي المال**) ش: سواء م: (**دينًا كان أو عينًا ؛ لأن الإتلاف به**) ش: أي بالقبض م: (**يتحقق**) ش: وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ، وهو اختيار شمس الأئمة - رحمه الله - وفرق شيخ الإسلام جواهر زاده - رحمه الله - بين العين والدين ، فقال: إن كان المشهود به عينًا يضمن للمشهود عليه قبض المدعي العين أولاً ، وإن كان المشهود به دينًا يضمنه إذا استوفاه المدعى عليه .

م: (**ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين**) ش: بيان ذلك أنهما إذا لزما دينًا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عينًا بمقابلة دين ، ولا مماثلة بينهما ، وقال الأترازي: يعني أن المشهود به إذا كان دينًا لم يستوفه المشهود له لا يجب الضمان على الشهود ، لأن الضمان يعتمد على المماثلة ، ولا مماثلة بين العين والدين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**فإن رجع أحدهما**) ش: أي أحد الشاهدين م:

أن المعتبـر في هذا إبقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بـشهادته نصف الحق. وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع أحدهم فلا ضـمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع . فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق.

(ضمن النصف) ش: أي النصف المشهـود به م: (**والأصـل**) ش: هنا ما ذكروا في «شرح الجامع الكبير» م: (**أن المعتبـر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بـشهادته نصف الحق**) ش: لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين ، وما زاد فهو فضل في حق القضاء ، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ، ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم، وإذا رجع واحد زال الاستواء وجلت إضافة القضاء إلى الشيء .

وعلى هذا رجع أحـد الاثنين ضمن النصف لأنه بقي من شهادة من بقي نصف الحق ، فإن قيل : لا نسلم ذلك وأن البـاقي فرد لايصلح لإثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء . أجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فـيجوز أن يصلح في البقـاء للإثبات مـا لا يصلح في الابتـداء لذلك كـمـا في النصاب ، فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ، ويصلح في البقاء بقدره .

م: (**وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع أحدهم فلا ضمان عليه**) ش: أي على الراجع م: (**لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية ، والشافعي - رحمه الله - في قول ، وقال أحمد : يغرم ثلث الحق، وبه قال الشافعي في قول آخر ، ومالك - رحمه الله - ،م: (**وهذا**) ش: يعني عدم الضمان على الثالث الذي رجع وقال الأترازي وهذا إشارة إلى قوله لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق م: (**لأن الاستحقاق**) ش: أي المدعي للشهود به م: (**باق بالحجة**) ش: التامة .

م: (**والمتلف متى استحق سقط الضمان**) ش: أي عن المتلف بكسر اللام صورته فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له علي المتلف بالضمـان ، ثم استحق المتلف عمرو ، وأخذ الضمان من المتلف سـقط الضمـان الثابت لزيد بقضاء القـاضي على المتلف م: (**فـأولـى أن يمتنع**) ش: أي الضمـان من الراجع لأن ابتداء استحقاق التلف يسقط الضمـان ، فبقاؤه أولى أن يمنع لأن المنع أسهل من الدفع .

م: (**فإن رجـع آخر**) ش: أي من الثـلاثة م: (**ضمن الراجـعان نصف المال لأن ببقاء أحـدهم يبقى نصف الحق**) ش: هذا أيضًا بناء على الأصل المتقدم لأن العبـرة لما كان لبقاء من بقي كـان البـاقي نصف الحق ، فإذا بقي نصف الحق كان الثالث بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الرجعان لأن أحدها ليس أولى من الآخر ، فكان ضمان النصف عليهما على السواء .

وإن شهد رجل وامراتان ، فرجعت امرأة وضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي ، وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق .وإن شهد رجل وعشر نسوة ، ثم رجع ثمان فقط فلا ضمان عليهن ، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق ، لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية ، فبقي ثلاثة الأرباع. وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق ، وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة - رحمه الله- ،وقالا : على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه الصلاة والسلام

فإن قيل : ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف إنما أضيف إليه .

قلنا : التلف مضاف إلى المجموع ، إلا أن برجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء من بقي، فإذا رجع الباقي ظهر أن التلف بهما .

م: (**وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة وضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا**) ش: أي المرأتان م: (**ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق**) .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م: (**وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فقط**) ش: من النساء م: (**فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهاته كل الحق**) ش: وبه قال مالك والشافعي - رحمهما الله- في قول .

وقال أحمد - رحمه الله - يجب عليهن أربعة أسدسة من الضمان، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح، م: (**فإن رجعت أخرى كان عليهن**) ش: أي على تسع نسوة م: (**ربع الحق**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - في قول.

م: (**لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع**) ش: أي ربع الحق م: (**بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - .

م: (**وقالا:**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**على الرجل النصف وعلى النسوة النصف**) ش: ، وبه قال أبو العباس - رحمه الله - من أصحاب الشافعي - رحمه الله - م: (**لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل**) ش: معهن فلا تقبل شهادتهن وحدهن ، فصارت شهادة عشرة نسوة كشهادة امرأتين ، فصار الضمان على الرجل والنسوة إنصافًا .

في نقصان عقلهن:« عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ، ثم رجعوا ، وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا . ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا ، فالضمان عليهما دون المرأة ، لأن الواحدة ليست بشاهدة ، بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم .قال: وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا ، فلا ضمان عليهما . وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البعض غير متقومة عند الإتلاف ؛لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف،وإنما تضمن وتتقوم بالتملك ؛ لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قال النبي ﷺ م: (**في نقصان عقلهن:« عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد »**) ش:. أخرجه البخاري - رحمه الله - من حديث أبي سعيد الخدري - رحمه الله - أن رسول الله ﷺ قال يا معشر النساء . . » الحديث ، وفيه أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل بشهادة رجل الحديث م: (**فصار**) ش: يعني إذا كانت امرأتان كرجل صار م: (**كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين**) ش: أي على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقول صاحبيه - رحمهم الله - م: (**لما قلنا**) ش: إن المعتبر هو بقاء من بقي ، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق .

م: (**ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما**) ش: أي على الرجلين م: (**دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه**) ش: أي إلى بعض الشاهد م: (**الحكم**) ش: لأن القضاء يضاف إلى شهادة رجلين دون المرأة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م: (**وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما**) ش: أي على الشاهدين م: (**وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة**) ش: فلا تكون مضمونة م: (**عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة**) ش: أي لا ضمان عليهما ، وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر المثل م: (**على ما عرف**) ش: يعني بالنصف وهو قوله تعالى : ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾ (البقرة: الآية ١٩٤) . ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العوض ، أعني منفعة البضع ، فلا يجب الضمان كما في إتلاف سائر منافع المغصوب ، حيث لا يجب الضمان عندنا خلافًا للشافعي .

م: (**وإنما تضمن**) ش: جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتملك بذلك فأجاب بقوله : وإنما تضمن أي المنافع م: (**وتتقوم بالتملك لأنها**) ش: أي لأن المنافع م: (**تصير**

وكذلك إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهـر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخـول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مـبنى الضمـان على المماثلة ، ولا مماثلة بين الإتلاف بعـوض وبينه بغيـر عوض . وإن شهـدا بأكثـر من مهـر المثل ، ثم رجعـا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض . قال : وإن شهـدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضـمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نـظراً إلى العوض . وإن كـان بأقل من القيـمة ضـمنا النقـصان ، لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ، ولا فرق بين أن يكون البيع باتًا أو فيه خيار البائع . لأن السبب هو البيع السابق ، فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه، فيضاف التلف إليهم

متقومة ضرورة الملك إبانة) ش: أي إظهاراً م: (لخطر المحل) ش: حتى يكون مصونًا عن الابتذال م: (وكذلك) ش: أي لا ضمان م: (**إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع مـتقوم حـال الدخول في الملك والإتلاف بعـوض كلا إتلاف**) ش: كما لو شـهد بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان م: (**وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة**) ش:معناه لعدم المماثلة بينهما وهو معنى قوله : م: (**ولا مماثلة بين الإتلاف بعضو وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مـهر ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفها**) ش: أي الزيادة م: (**من غير عوض**) ش: وهو يوجب الضمان

م: (**قال**) ش: أي القـدوري - رحمه الله - :م: (**وإن شهدا ببـيع شيء بمثل القيمـة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا**) ش: قال الكاكي - رحمـه الله - : هذا إذا كـان المدعي هو المشتري ، ولو كـان المدعي هـو البـائع بأن ادعى رجل أنه باع عبـده منه بألف درهم والمشـتري ينكر ، وقيـمة العبـد خمسمائة وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمائة ، ولو كان المشتري يدعي المبيع بخمسمائة والعبد يساوي ألف درهم فشهد المشتري ثم رجعا يضمنان للبائع خمسمائة ذكره في« شرح الطحاوي» م: (**لأنه ليس بإتلاف معنى**) ش: أي من حيث المعنى م: (**نظراً إلى العوض**) ش: لأنهما لما أخرجا البيع من ملكه فقد أدخلا في ملكه بإزائه مثله ،م: (**وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان**) ش: أي للبائع إن كان المدعي هو المشتري م: (**لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض**) ش: أي الجزء الذي هو في مقابله الألف من قيمته بلا عوض .

م: (**ولا فرق بين أن يكون البيع باتًا أو فيه خيـار البائع ؛ لأن السبب هو البيع السابق**) ش: أي لأن السبب المزيل للملك هو العقـد السـابق على مـضي المدة أو على سـقوط بمضي المدة م: (**فيضاف الحكم**) ش: وهو زوال الملك م: (**عند سقوط الخيار إليه**) ش: أي إلى ذلك السبب وقد حصل سبب الزوال بشهادة الشهود م: (**فيضاف التلف إليهم**) ش: يجب عليهم ضمان النقصان .

وقال الأترازي - رحمه الله - : هذا الذي ذكره جواب سؤال بأن يقال ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدا بالبيع بشرط الخيار ، لأنهما لم تبلغا شيئًا على البائع لأنهما أثبتا

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر ، لأنهما أكدا ضمانًا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ ،

البيع بشرط الخيار والبائع لم يزل ملكه عن البيع بعد، وإنما يزول إذا مضت المدة وهو ساكت ، فإذا سكت عن الرد كان راضيًا بزوال ملكه ، فكيف يجب الضمان على الشهود حينئذ ؟، فقال: لأن السبب هو السابق . . . إلى آخره .

م: (**وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - ومالك - رحمه الله - في رواية ابن القاسم - رحمه الله -، والشافعي - رحمه الله - في رواية الربيع عنه ، وقال الشافعي - رحمه الله - في رواية المزني عنه : يضمن مهر المثل لأن البضع عنده متقوم دخولاً وخروجًا .

وقال مالك - رحمه الله - في رواية أشهب عنه : لا ضمان على الشهود م: (**لأنهما**) ش: أي لأن الشاهدين م: (**أكدا ضمانًا على شرف السقوط**) ش: بارتدادها وتقبيلها ابن زوجها وهو معنى قوله م: (**ألا ترى أنها**) ش: أي أن المرأة م: (**لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً**) ش: أي لأنه حينئذ يسقط عنه جميع المهر ، والتأكيد شبهة بالإيجاب ، ولهذا إذا أكره الرجل على طلاق امرأته قبل الدخول بها ، كان له أن يرجع بنصف المهر على الذي أكرهه .

م: (**ولأن الفرقة قبل الدخول**) ش: أي قبل دخول الزوج عليها م: (**في معنى الفسخ**) ش: يعود المبدل وهو البضع إليها كما كان فصار بمنزلة الفسخ قبل قبض المبيع وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ ، لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ ، لكن لما عاد المبدل إليها قبل الدخول كما كان صار بمنزلة الفسخ ، فيكون وجوب نصف المهر ابتداء بشهادتهما .

وإنما قال: النكاح بعد اللزوم لا تقبل الفسخ ، فيكون وجوب نصف المهر بشهادتهما ، وإنما قال النكاح بعد اللزوم لا تقبل الفسخ لأنه قبل اللزوم يقبله ، كما لو نكح الصغيرة أخره ، فلها خيار الفسخ بعد البلوغ لما أن النكاح لم يقع لازمًا ، وإنما قيد قبل الدخول لأنه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما بالرجوع عندنا ومالك -رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - .

وعند الشافعي -رحمه الله-: يجب مهر المثل عليهما والمسألة مشهورة ، وفي «الكافي»: لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته عزما لورثته نصف المهر ، ولم ترث لأنا حكمنا بالبينونة قبل الموت في حال الحياة ، ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها قبل الدخول في حياته ، ثم رجعا لم يضمنا للورثة لأن الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث، وبه قال

فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريقة المتعة، فكان واجبًا بشهادتهما . قال : وإن شهدا على أنه أعتق عبده ثم رجعا ، ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان ، فلا يتحول الولاء إليهما .

مالك - رحمه الله - .

م: (**فيوجب**) ش: أي الفرقة م: (**سقوط جميع المهر كما مر في النكاح**) ش:أي في باب المهر عند قوله : وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة ، وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرًا .

وفي «التحفة» : ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا ، وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا يضمنان الأمان أو على مهر المثل لأن بقدر المهر إتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ، لأن قبل الدخول إن كان المهر مسمى ضمنا النصف وإن لم يكن مسمى يضمنان المتعة لأن ذلك تلف بشهادتهما ، ولم يحصل له بمقابلته عوض .

م: (**ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريقة المتعة**) ش: ولهذا لا يجمع بينهما وبين مهر المثل . حاصل الكلام : أن نصف المهر إنما يجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة وقد ألزمه الشاهدان على الزوج ولم يكن واجب عليه م: (**فكان واجبًا بشهادتهما**) ش: فوجب الضمان عليهما كما إذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإن شهدا على أنه أعتق عبده ، ثم رجعا ضمنا قيمته**) ش: أي قيمة العبد ، ولا خلاف فيه موسرين كانا أو معسرين م: (**لأنهما أتلفا مالية العبد عليه**) ش: أي على مولى العبد م: (**مِنْ غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما**) ش: أي إلى الشاهدين م: (**بهذا الضمان**) ش: لأنه مما لا يحتمل الفسخ ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يتحول الولاء إليهما**) ش: لأن الولاء لمن أعتق فإن قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق ، قلنا صار مكذبًا شرعًا بالقضاء ، لأن القاضي لما قضى عليه بالعتق تبعه بالولاء .

وفي «المبسوط» : لو شهدا أنه دبره فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير ، لأن ملك المالية للموصي ينتقض بالتدبير فيضمنان النقصان ؛ ولو شهدا بالكتابة فقضى بذلك ، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد ، ويتبعان المكاتب ببدل الكتاب على نحوهما ، لأنهما قاما مقام المولى في ذلك حتى ضمنا قيمته ، وبه قال مالك - رحمه الله - وهكذا قال في المدبر .

وقال أحمد - رحمه الله - : في المكاتب يرجع بالنقصان ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه إليهما ، فإذا أداه إليهما ، فالولاء للذي كاتبه ولو عجز ورد إلى الرق كان لمولاه لأن رقبته لم

وإن شهدوا بقصاص ، ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ، ولا يقتص منهم . وقال الشافعي : يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبًا ، فأشبه المكره بل أولى ، لأن الولي يعان والمكره يُمنع . ولنا: أن القتل مباشرة لم يوجد ، وكذا تسبيبًا ؛لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبًا . وها هنا لا يفضي؛ لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً ،

تعد مملوكة لهما ، ولو شهدا بإقرار المولى أن أمته أم ولده والمولى ينكر فقضى بذلك ثم رجعا ، فإن لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها ، وبه قال أحمد - رحمه الله - ، وقال مالك - رحمه الله - : ضمنا قيمتها للمولى .

م: (**وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنا الدية**) ش: وبه قال ابن القاسم المالكي- رحمه الله - م: (**ولا يقتص منهم**) ش: أي من الشاهدين م: (**وقال الشافعي :يقتص منهم**) ش: وبه قال أحمد وأشهب المالكي - رحمه الله - م: (**لوجود القتل منهم تسبيبًا**) ش: أي من حيث السببية م: (**فأشبه المكره**) ش: بكسر الراء ، أي فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره .

قال الأكمل - رحمه الله - وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل أو أشبه القاضي المكره ، لأنه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول، وقيل: أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل م: (**بل أولى**) ش: أي التشبيه هاهنا أولى من الإكراه لأن التشبيه موجب من حيث الإفضاء ، ولا إفضاء هاهنا أكثر م: (**لأن الولي يعان**) ش: على الاستيفاء م: (**والمكره**) ش:بفتح الراء م: (**يمنع**) ش: لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي بمنزلة المكره بفتح الراء .

م: (**ولنا أن القتل مباشرة**) ش: أي من حيث المباشرة م: (لم يوجد، وكذا) ش: أي وكذا لم يوجد م: (تسبيبًا) ش: أي من حيث السببية وكل واحد من قوله مباشرة وتسبيبًا نصب على التمييز لما قدرنا .

م: (**لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبًا ، وههنا لا يفضي**) ش: فيما نحن فيه م: (**لأن العفو مندوب**) ش: من الولي . قال الله تعالى : ﴿ **وأن تعفوا أقرب للتقوى** ﴾ (البقرة الآية : ٢٣٧) . م: (**بخلاف المكره**) ش: بفتح الراء م: (**لأنه يؤثر حياته ظاهراً**) ش: والإكراه يفضي إلى القتل غالبًا .

وفي« الكافي» : وقوله في« الهداية» ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد ، إلى قوله : لأنه يؤثر حياته ظاهراً ، مشكل لأن الأمر على القلب والظاهر ، أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحًا ، وبه يدرك تارة ، والظاهر أن المكره لا يقتل لأنه لا يباح له قتله ، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الفوت أجيب عنه بأنه إنما قال الشيخ ظاهراً بالنظر إلى حال المسلم المتدين لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله ، ويحصل له للأجر الكثير ، فأما المكره يختار حياته بأدنى رخصة في الشرع ، وترجحه على حياة غيره ، واحتمال الفوت نادر ، وعلى تقدير لحوق الفوت لم يبق

ولأن الفعل الاختيـاري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئـة للقصاص ،بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف . قال :وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا

الإكراه وكلامنا في الإكراه .

م: (**ولأن الفعل الاختياري**) ش: هذا جواب عما يقال ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعًا أو طبعًا ، فالأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل ، فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكنه معارض بطبع ولي المقتول ، فإنه يؤثر السعي في القصاص ظاهرًا ، فأجاب المصنف - رحمه الله - بطريق التبدل فقال : ولأن الفعل الاختياري - يعني سلمنا أن ثمة سبب ولكن الفعل الاختياري م: (**مما يقطع النسبة**) ش: أي نسبة ذلك العقل إلى غيره ، والفعل هاهنا وهو القتل وجد من المولى باختياره الصحيح ، فيقطع نسبته إلى الشهود سلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود ولكن من شبهة هو معنى قوله :

م: (**ثم لا أقل من الشبهة**) ش: أي لا أقل أن يورث شبهته ، أي شبهة قطع النسبة م: (**وهي دارئة للقصاص**) ش: أي مانعة من القصاص .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : ولأن الفعل الاختياري . . إلى آخره ، وهو قتل الولي يعني بعد الشهادة وحكم القاضي ، وجد فعل الولي وهو ذلك مختار ، فيقطع النسبة عن الشهود كما إذا اشتكى إنسان كلبًا على آخر فخرق ثوب المشتكى عليه لا يضمن المشتكى شيئًا ، لأن الخوف فعل اختيارى من الكلب فيقطع النسبة عن المشتكى ، وكمن فتح باب القفص حتى طار الطير ، بخلاف المكره فإنه وإن كان مختارًا لكنه فاسد الاختيار ، فصار كالآلة ، بخلاف شق الذق بعدم إمكان الإضافة إلى المائع لعدم الاختيار .

م: (**بخلاف المال**) ش: أي الدية م: (**لأنه**) ش: أي لأن المال م: (**يثبت مع الشبهات**) ش: فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها . فإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية ، فإن رجع الولي معهما ، أو جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين ، أو تضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة ، والشاهدين حكمًا ، فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء .

وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما م: (**والباقي يعرف في المختلف**) ش: أي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبي الليث - رحمه الله - لا مصنف علاء الدين العالم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا**) ش: يعني إذا

لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافًا إليهم. ولو رجع شهود الأصل وقالوا : لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم، لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد . فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل ، فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء . وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ، وهذا عند محمد - رحمه الله -، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - :لا ضمان عليهم ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم، وله: أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فصار كأنهم

رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به م: (**لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافًا إليهم**) ش: فوجب عليهم الضمان .

م: (**ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعن أحمد - رحمه الله - في وجه : يضمنون كالمرتهن، م: (**فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل**) ش: للصدق والكذب، فلا يبطل القضاء بالاحتمال .

م: (**فصار كرجوع الشاهد**) ش: أي شاهد الأصل ، كما لو شهد بنفسه وقضى القاضي بشهادته ، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع ، فكذا لا يبطل بإنكار الإشهاد م: (**بخلاف ما قبل القضاء**) ش: يعني إذا أنكر شهود الأصل الإشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك .

م: (**وإن قالوا:**) ش: أي الأصول م: (**أشهدنا وغلطنا ضمنوا**) ش: أي الأصول م: (**وهذا**) ش: أي وجوب الضمان م: (**عند محمد - رحمه الله -، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي**) ش: أي الحجة م: (**شهادتهم**) ش: فالمسألة ذكرها القدوري - رحمه الله - ولم يذكر الخلاف ، وذكره المصنف - رحمه الله - ، ومثل ما ذكره ذكر «شرح الطحاوي» وعامة «شروح الجامع الكبير» و«الشامل» .

وقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» : وروى محمد - رحمه الله - عن أصحابنا أنه لا شيء عليهم . وروى أبو يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة-رحمه الله - في «الإملاء» : أن عليهم ضمان ذلك عامًا في ظاهر الرواية ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله - لا يضمنون ، وعلى قول محمد-رحمه الله - يضمنون كما روى أبو يوسف - رحمه الله - في «الإملاء» .

م: (**وله: أن**) ش: أي ولمحمد - رحمه الله - م: (**الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فصار كأنهم**

حضروا ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير، لأن القضاء وقع بشهادتهم . وعند محمد - رحمه الله - المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول ، وإن شاء ضمن الفروع ؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا ، وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر، فيتخير بينهما. والجهتان متغايرتان ، فلا يجمع بينهما في التضمين.وإن قال شهود الفرع: كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك ، لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

حضروا) ش: وشهدوا ثم حضروا ورجعوا م: **(ولو رجع الأصول والفروع جميعًا)** ش: أي فعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - م: **(يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير ، لأن القضاء وقع بشهادتهم)** ش: وهذا لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي ، وإذا وجد من الفروع فيجب عليهم الضمان عند الرجوع .

م: **(وعند محمد - رحمه الله - :المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول ، وإن شاء ضمن الفروع ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا)** ش: أي أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - : وهو أن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة ، وهي شهادتهم م: **(وبشهادة الأصول)** ش: أي القضاء وقع بشهادة الأصول م: **(من الوجه الذي ذكر)** ش: أي محمد-رحمه الله - وهو قوله - إن الفروع نقلوا شهادة الأصول - م: **(فيتخير بينهما)** ش: أي يتخير الشهود عليه في التضمين بينهما ، أي بين الوجهين إن شاء ضمن الأصول ، وإن شاء ضمن الفروع على مذهب محمد - رحمه الله - .

م: **(والجهتان متغايرتان)** ش: هذا جواب عما يقال لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف ، وتقريره أن الجهتين متغايرتان ، لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول ولا مجانسة بينهما م: **(فلا يجمع بينهما)** ش: أي بين الأصول والفروع في التضمين) ش: بأن يقال : يضمن الفريقان حق المدعي عليه أيضًا قابل له الخيار وفي تضمين أي الفريقين شاء .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(وإن قال شهود الفرع :كذب شهود الأصل وغلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك)** ش: أي إلى قولهم ، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما ، ولم يكن مهمًا ضمان ذلك ، لأنهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا ، فلا يقبل قولهما فيه م: **(لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع)** ش: وذلك لا يفيد شيئًا .

قال :وإن رجع المزكـون عن التزكيـة ضمنوا ، وهذا عند أبي حنيـفة - رحمـه الله - . وقالا: لا يضمنون لأنـهم أثنوا على الشهـود خيراً ، فـصاروا كشـهود الإحـصان . وله أن التزكـية إعـمال للشـهـادة ، إذ القاضـي لا يعمل بهـا إلا بالتـزكـيـة ، فصـارت بمعنى علة الـعلة.بخـلاف شهـود الإحصان،لأنه شرط محض . قال : وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرطثم رجعوا، فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب ،والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا**) ش: لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وهذا عند أبي حنيـفة - رحمه الله-**) ش: ، وبه قال مالك وأحمد - رحمه الله - م: (**وقالا :لا يضمنون لأنهم أثـنوا على الشهود خيراً**) ش: ولم يشهدوا بحق م: (**فصاروا كشهود الإحصان**) ش: إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه ، فإذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون . م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن التزكية إعمال للشهادة**) ش: أي هي التي تميز الشهادة ويعمل بها م: (**إذ القـاضي لا يعـمل بهـا**) ش: أي بالشهادة م: (**إلا بتزكية فصارت**) ش: أي التزكية م: (**في مـعنى علة العلة**) ش: والحكم يضـاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة ، وإنما قال في معنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة ، وإنما هي سبب أضيف الحكم إليه لتعذر الإضافة إلى العلة .

م: (**بخلاف شـهود الإحصان لأنه شـرط محض**) ش: لأن الشـهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة ، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبًا ، والحاصل أن الإحصان ليس فيه معنى العلة ، لأن الإحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد الإحصان ، فلا يتوقف بثبوت الزنا على ثبوت الإحصان ، ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق ، ولو رجع شهود الإحصان لم يضمنوا عندنا وعند الشافعي في قول ، ومالك - رحمه الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في رواية : سواء رجعوا مع الشهود أو وحدهم ، وقال زفر - رحمه الله - والشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد في رواية - رحمه الله - : يضمنون .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا شهد شـاهدان باليمين وشاهدان**) ش: أي وشهد شاهدان آخران م: (**بوجود الشرط**) ش: بيانه إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار ، وقضى القاضي بعتقه .

م: (**ثم رجعـوا فالضـمان**) ش: أي ضمان قيمة العبد أو ضمان العبد م: (**على شهـود اليمين خاصة**) ش: لفظ خاصة احتراز عن قول زفر - رحمه الله - فإن الضمان عنده على الجميع م: (**لأنه**) ش: أي لأن اليمين م: (**هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض**) ش: لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يضاف إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي ، فإن الضمان

ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه. ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول.

عليه دون الحافر ، ثم أوضح المصنف - رحمه الله - ذلك بقوله .

م: (**ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط**) ش: يعني أن القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها ، وإن لم يشهد بالدخول ، وإن لم يتعلق بشهادتهم حق صاروا كشهود الإحصان ، فلا يلزمهم الضمان كذا في «شرح الأقطع» .

م: (**ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ - رحمهم الله - فيه**) ش: وقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط . وفي «المبسوط» : ظن بعض مشايخنا أن شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما إذا كان اليمين ثابتًا بإقرار الولي ، وقالوا لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها ، لأنها ليست تنفذ ، فيكون الحكم مضافًا إلى الشرط إذ الشرط يخلف العلة ، وهو غلط ، بل الصحيح من المذهب : أن شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة للإتلاف عند وجود المباشرة يضاف الحكم إليه لا إلى الشرط سواء كان الشرط بطريق التعدي أولاً .

م: (**ومعنى المسألة**) ش: يريد به صورة المسألة م: (**يمين العتق والطلاق قبل الدخول**) ش: يعني شهد رجلان على أنه على عتق عبده أو طلاق امرأته بدخول الدار ، وشهد آخران أنه وجد الشرط ، فقضى القاضي بوقوع العتق والطلاق ، ثم رجعوا جميعًا ، فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا ، وإنما قيد بقوله قبل الدخول ، لأن رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئًا ، والله أعلم .

* * *

كتاب الوكالة

م: (كتاب الوكالة):

ش أي هذا كتاب في بيان أحكام الوكالة ، وجه المناسبة بينه وبين كتاب الشهادات من حيث أن كلاً منهما إعانة الغير واجبا حقه . والوكالة بكسر الواو وفتحها ، التفويض والتسليم من وكل إليه الأمر إذا فوضه إليه . ويقال: الوكالة لغة الحفظ ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحافظ ، وهو اسم للتوكيل من وكله ، يوكله ، توكيلاً ، والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والاسم التكلان ، والوكيل القائم بما فوض إليه ، والجمع الوكلاء فعيل بمعنى مفعول ، ومعناه شرعًا إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وركنها لفظ وكلت وأشباهه .

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت ، أو شئت ، أو أردت ، فذلك توكيل وأمر بالبيع ، وشرطها أن يملك الموكل تصرفًا ويلزم الأحكام ، كما سيجيء إن شاء الله تعالى، وحكمها جواز مباشرة الوكيل ، فوض إليه وصفتها أنه عقد جائز ، يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه ، وسببها ما هو السبب في سائر المعاملات، وهو تعلق بناء المقدور تعاطيها ، ومشروعيتها بالكتاب هو قوله تعالى : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ (الكهف: الآية ١٩) . ولم يلحقه النكير .

وبالسنة وهو ما روي: أن النبي ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية[١] ، وعروة البارقي به أيضًا [٢] وعمرو بن أمية بقبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، وأبا رافع بقبول نكاح ميمونة [٣] وبإجماع الأمة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه ، إذ الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر ، وقد يعجز عن التصرف في ماله إما لقلة

---

(١) رواه أبو داود في باب: في الشركة [٣٣٨٦]. والترمذي في البيوع . باب بعد باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك . [١٢٨٠] وفي إسناد أبي دواد رجل مجهول وهو الراوى عن حكيم . وفي إسناد الترمذي انقطاع بين حبيب بن أبي ثابت وحكيم . فإن حبيبًا لم يسمع من حكيم كما صرح الترمذي بذلك.

(٢) رواه أبو داود في باب «الشركة » [٣٣٨٦] من طريق شبيب بن غرقدة قال: حدثني الحى عن عروة البارقى ، والترمذي في البيوع عن أبي لبيد عن عروة البارقى

(٣) رواه الترمذى (٣/ ٢٠٠) [٨٤١] من طريق جماد بنزيد عن مطر الوراق عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن أبي رافع قال : «تزوج رسول اله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو حلال وبني بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما» .

قال حماد بن زيد أبو عيسى : هذا حسن، وَلا نعلم أحداً أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة.

قلت : بل إسناده في غاية الصحة والجودة.

قال : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره، لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال ،

هديته أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله ، أو لضعفه أو لوجاهته لا يتولى الأمور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م: (**كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره**) ش: هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز للوكيل به وما لا يجوز ، واعترض عليها بأنها غير متطردة منعكسة .

أما الأول : فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه ، والتوكيل به باطل وتبع على المستقرض الذي هو التوكيل لا على الموكل ، والوكيل يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز له . والذي إذا وكل مسلمًا في الخمر لم يجز ، وجاز أن يعقد الذي بنفسه فيها

وأما الثاني : فإن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ، ولو وكل ذميًا بذلك جاز عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- .

والجواب عن الأول : أن محل العقد من شروطه كون المحل ملكًا مشروطًا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض ، لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .

وفي «الذخيرة» : لو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة ، بأن قال : فلان يستقرض منك كذا ، ففعل المقرض تكون الدراهم للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه ، ولو أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال : أقرضني عشرة فالعشرة للوكيل وله أن يمنعها من الآمر ، لأن التوكيل بالاستقراض باطل ، بخلاف الرسالة ، والمراد من قوله «أن يعقده بنفسه» هو أن يكون مستبدًا به ، والوكيل ليس كذلك ، والذي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه ليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل فقد وجد المانع وهو حرمة اقتراضه منها .

والجواب عن الثاني : بأن العكس غير لازم وليس بمقصود .

م: (**لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال**) ش: بأن يكون مريضًا أو شيخًا فانيًا أو ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه ، والتوكيل صحيح بدون هذه العوارض لأن حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الإفراد كالسفر مع المسنة ، وبهذا يجاب عما قيل بأن قوله «لأن الإنسان قد يعجز» دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة . وإن لم يكن ثمة عجز

فيحتاج إلى أن يوكل به غيره ، فيكون بسبيل منه دفعًا للحاجة . وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة - رضي الله عنهما -

---

أصلاً وتقرير الجواب كان ذلك بيان حكمة الحكم ، وهي تراعى في الجنس لا في الإفراد ، ويجوز أن يقال : ذكر الخاص وأراد العام، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة ، وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط وهو الحاجة، وقد يوجد بلا عجز م: (**فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه**) ش: أي من التوكيل م: (**دفعًا للحاجة**) ش: أي لأجل دفع الحاجة .

م: (**وقد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء حكيم بن حزام**) ش: هذا رواه أبو داود في «سننه» حدثنا محمد بن كثير عن سفيان ، حدثني أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية ، فاشتراها بدينار فباعها بدينارين ، فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته ، وفي إسناده مجهول ورواه الترمذي .

حدثنا أبو كريب عن أبي حفص عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام فذكره، وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب لم يسمع عندي عن حكيم، انتهى .

وهكذا كما رأيت رواية أبي داود فيه مجهول ، ورواه الترمذي منقطعًا ، فكيف يكون صحيحًا حتى يقول المصنف، وقد صح ؟! ولكن يمكن أن أستدل هنا بحديث عروة البارقي فإن البخاري أخرجه في «صحيحه» عن علي بن عبد الله عن سفيان عن شبيب بن غرقدة قال سمعت الحي يتحدثون عن عروة النبي ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري به شاة ، فاشترى له به شاتين. فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعى له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه » .

فإن قلت : قالوا البخاري - رحمه الله - بما أخرجه بغير الاحتجاج به وذكروا فيه كلامًا كثيرًا .

قلت : قال ابن العربي : إنه حديث صحيح ، وقال الترمذي - رحمه الله - : فذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث ، وقالوا به، وهو قول أحمد وإسحاق -رحمهم الله - وكفى بهذين الإمامين حجة ، وحكيم بن حزام بكسر الحاء المهملة وبالزاي ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي ويكنى أبا خالد يوم الفتح ، وشهد مع رسول الله ﷺ مسلمًا وكان من وجوه قريش وأشرافها ، وعاش في الجاهلية ستين عامًا ، وفي الإسلام ستين عامًا ، ومات بالمدينة في خلافة معاوية - رحمه الله - سنة أربع وخمسين، وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل أن يموت .

م: (**وبالتزويج عمر بن أم سلمة - رضي الله عنهما**) ش: أي وكل رسول الله ﷺ بالتزويج عمر

ابن أم سلمة - رضي الله عنها -، وهذا رواه النسائي في «سننه» في النكاح عن حماد بن سلمة أنبأنا ثابت ، حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة - رضي الله عنها - : أن النبي ﷺ بعث إليها يخطبها . . . الحديث ، وفي آخره : فقالت أم سلمة : قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ ، فزوجه إياها » .

وقال الأترازي : ولنا في توكيل عمر بن أبي سلمة - رحمه الله - نظر ، لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة بعد واقعة بدر في سنة اثنين ، كذا قاله أبو عبيدة معمر بن المثنى-رحمه الله - ، وكان عمر ابن أبي سلمة - رضي الله عنه - يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين ، قاله الواقدي - رحمه الله - ، ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أبي سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ يوم تزوج أم سلمة وهو طفل لا يعقل؟! انتهى .

قلت : منه والذي قاله سبق به ابن الجوزي - رحمه الله -، فقال في« التحقيق» : في هذا الحديث نظر ؛ لأن عمر - رحمه الله - كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين ، وكيف يقال لمثل هذا أن يزوج ؟! ، بيانه : أن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع ومات -عليه السلام- ولعمر تسع سنين ، فعلى هذا يحمل قولها لعمر قم فزوج على الداعية للصغير ولو صح أن الصغير زوجها فلأنه -عليه السلام- لا يحتاج إلى ، ولي ؛ لأنه مقطوع بكفاية .

وقال صاحب «التنقيح» : قوله : « أنه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين» بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره .

قال ابن عبد البر : قال : إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ، ويقوي هذا ما أخرجه مسلم في« صحيحه» عن عمر بن أبي سلمة - رضي الله عنه - : أنه سأل رسول الله ﷺ أيقبل الصائم؟ فقال عليه السلام : «سل هذه » ، فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك ، الحديث . فظاهر هذا أن عمر رضي الله كان كبيراً ، وعرفت هذا أن الأترازي تكلم في هذا من غير تحرير ولا مراجعة إلى كتب الحديث ، والحديث أخرجه أيضًا أحمد وإسحاق بن راهويه ، وأبو يعلى في «مسانيدهم» ، ورواه ابن حبان في «صحيحه» والحاكم في «مستدركه» وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** ش: قال الكاكي - رحمه الله - في سائر الحقوق أي جميعًا ، ثم قال وفي الصحاح سائر الناس جميعهم .

قلت: ذكر الجوهري هذا في كتاب «الراء في فصل السين مع الياء » ، سائر الناس جميعهم ،

لما قدمنا من الحاجـة، إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومـات ، وقد صح أن عليًا - رضي الله عنه-وكل فيها عقيلاً وبعدما أسن وكل عـبد الله بن جعفر - رضي الله عنه - وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس

قالوا إنه وهم من وجـهين ، أحدهمـا في تفسيره ، لأن السـائر بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع ، والثاني أنه أورد في الأجوف وهو مهمـوز العين ، وفي المثل السـائر : اليـوم وقد زال الظهـر من سار، يعني نفي يضرب لطالب الشيء بعد اليأس منه .

قلت : ذكر الجوهري أيضًا أن كونه من مهموز العين لغة م: (**لما قدمنا من الحاجة**) ش: أشار به إلى قوله -« لأن الإنسان قد يعجز . . . » إلى آخره م: (**إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن عليًا -رضي الله عنه -وكـل فيها عقيـلاً وبعدما أسن وكل عبد الله بن جـعفر -رضي الله عنه-**) ش: هذا أخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر -رضي الله عنه- قال : كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة ، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب -رضي الله عنه- ، فلما كبر عقيل وكلني . وأخرج أيضًا عن علي -رضي الله عنه- أنه كان وكل عبد الله بن جعفر -رضي الله عنه- بالخصومة .

وقال الخصاف - رحمه الله - في «أدب القاضي» : حدثنا معاذ بن أنس الخراساني، قال : حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبي الجهم أن عليًا -رضي الله عنه- كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول : إن لها قحمًا ويحضرها الشيطان فجعل علي الخصومة إلى ، فلما كبر ورق حولها إلي ، فكان علي -رضي الله عنه- يقول: ما قضى لوكيل وما قضى على وكيلي فعلي .

وفي «الفائق»: لكن [. . .] أنه وكل أخاه عقيلاً بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله ابن جعفر وقال: لا يحضر الخصومة ويقول: إن لها قحمًا وإن الشياطين تحضرها إلى مهالك وشدائد ، وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه ، وفي هذا الحديث دليل أيضًا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنيع علي -رضي الله عنه- . وقال بعض العلماء: الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين، وقد ورد الذم على ذلك، قال الله تعالى : ﴿ **وإذا دعوا إلى الله ورسـوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون** ﴾(النور الآية ٤٨) ، وفيه تأمل. م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يجوز م: (**بإيفائها**) ش: أي بإيفاء الحقوق وهو أداؤها م: (**واستيفائها**) ش: أي وباستيفاء الحقوق وهو قبضها م: (**إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس**) ش: قيد به لأنه يجوز استيفاء القصاص والقذف في حضوره بإجماع الأئمة الأربعة ،وفي غيبته لا يجوز عندنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وهو نصه : ويقضي به القاضي الروياني من أصحابه

لأنها تندرئ بالشبهات.وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلاً ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة - رحمه الله-. وقال أبو يوسف - رحمه الله- : لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضًا ، وقول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة -رحمه الله- ،وقيل: مع أبي يوسف -رحمه الله - .وقيل : هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته ؛

-رحمه الله - وقال الشافعي - رحمه الله- في الأصح ، ومالك وأحمد: يجوز له استيفاء القصاص والقذف في غيبة الموكل، م: (**لأنها تندرئ بالشبهات**).

م: (**وشبهة العفو**) ش: يعني في القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها ، وشبهة عفو ولي القصاص م: (**ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر**) ش: أي بل العفو هو الظاهر م: (**للندب الشرعي**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **وأن تعفوا أقرب للتقوى** ﴾ (البقرة الآية) م: (**بخلاف غيبة الشاهد**) ش: حيث يستوفي الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملاً م: (**لأن الظاهر عدم الرجوع**) ش: احترازًا عن الكذب والفسق) م: (**وبخلاف حالة الحضرة**) ش: أي حضرة الموكل في المجلس م: (**لانتفاء هذه الشبهة**) ش: أي شبهة العفو .

م: (**وليس كل أحد يحسن الاستيفاء**) ش: هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء ، إذ هو يستوفيه بنفسه ، فأجاب بقوله «وليس كل أحد يحسن الاستيفاء »، يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانًا م: (**فلو منع عنه**) ش: أي عن التوكيل م: (**ينسد باب الاستيفاء أصلاً**) ش: فلا يبقى .

م: (**وهذا الذي ذكرناه**) ش: يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص م: (**قول أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وبه قال الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله -**) ش: لا.

م: (**لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضًا**) ش: وبه قال زفر - رحمه الله - م: (**وقول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة -رحمه الله - وقيل: مع أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: وفي «شرح الطحاوي» قول محمد - رحمه الله - مضطرب ، وفي بعض الروايات ذكر قوله مع أبي حنيفة - رحمه الله - وفي بعضها مع أبي يوسف -رحمه الله - وذكر الطحاوي في« مختصره» قول محمد -رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - . م: (**وقيل: هذا الاختلاف في غيبته**) ش: أي في غيبة الموكل م: (**دون حضرته**) ش: فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف م:

لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره ، فصار كأنه متكلم بنفسه . له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب ، كما في الشهادة على الشهادة ، وكما في الاستيفاء . ولأبي حنيفة - رحمه الله- أن الخصومة شرط محض، لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة، فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق . وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص، وكلام أبي حنيفة - رحمه الله- فيه أظهر ؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع.غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به .

(**لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه. له**) ش: أي لأبي يوسف - رحمه الله- م: (**أن التوكيل إنابة**) ش: أي بدل عن خصومة الموكل والإنابة فيها شبهة م: (**وشبهة الإنابة يتحرز عنها في هذا الباب**) ش: أي في باب الحدود والقصاص م: (**كما في الشهادة على الشهادة**) ش: أي كما يتحرز عن الإنابة في الشهادة يعني لا تجوز م: (**وكما في الاستيفاء**) ش: أي وكما يتحرز عن الإنابة ، أي عن التوكل باستيفاء الحدود والقصاص مع اتفاقًا بالجواب مع غيبة الموكل. م: (**ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الخصومة شرط محض**) ش: يعني ليس لها حظ في الوجوب ولا في الظهور م: (**لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق**) ش: لأن «التوكيل» بها إثبات حق لا تؤثر فيه الشبهة . م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - م: (**التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص**) ش: أي الحد يعني إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع ما يطالبه عليه ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يجوز . وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا يجوز . وقول محمد - رحمه الله - مضطرب ، وقوله «التوكيل» مبتدأ وخبره مقدمًا عليه هو قوله «وعلى هذا الخلاف بالجواب» أي بأن يجيب عنه .

م: (**وكلام أبي حنيفة - رحمه الله - فيه**) ش: أي في - التوكيل من جانب من عليه الحد- م: (**أظهر ، لأن الشبهة لا تمنع الدفع**) ش: أي لأن الشبهة المذكورة وهي شبهة البدلية على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع إلى الدار ألا ترى الشهادة على الشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة

م: (**غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه**) ش: يعني إذا أقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحسانًا م: (**لما فيه من شبهة عدم الأمر به**) ش: أي في باب الإقرار من شهبة عدم الأمر بالإقرار .

وفي« المبسوط» : لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياسًا لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق . وفي الاستحسان لا يجوز كما ذكره المصنف .

وقال أبو حنيفة -رحمه الله- : لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا أن يكون الموكل مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ،وقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- . ولا خلاف في الجواز،إنما الخلاف في اللزوم ،

م: (**وقال أبو حنيفة -رحمه الله - : لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم**): ش سواء كان التوكيل من جانب المدعي أو من جانب المدعى علي ، ويستوي عنده الموكل إذا كان رجلاً أو امرأة ، بكرًا كانت أو ثيبًا م: (**إلا أن يكون الموكل مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ، وقالا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي - رحمه الله-**) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - .

وفي « فتاوى قاضي خان» : كان أبو يوسف - رحمه الله - أولاً يقول : لا تقبل الوكالة بغير رضى الخصم من الرجال وتقبل من النساء ، ثم رجع وقال : تقبل من الرجال والنساء ، ويستوي فيه الوضيع والشريف . وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله ، وبه أخذ الصفار .

وقال الإمام السرخسي - رحمه الله - : إذا علم القاضي التعنت من المدعي في إباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي . وإن علم المقصد أي الاضطرار من الموكل بالمدعي ليشغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل .

م: (**ولا خلاف في الجواز**) ش: أي لا خلاف بين أبي حنيفة - رحمه الله - وبين صاحبيه في جواز التوكيل بالخصومة، م: (**إنما الخلاف في اللزوم**) ش: ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يلزم ، وعندهما يلزم معناه وهل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا عنده ترتد خلافًا لهما ، فعلى هذا يكون معنى قول القدوري - رحمه الله -: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضي الخصم ، أي لا يلزم إطلاق الاسم اللازم على الملزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم ، هكذا قاله الأترازي - رحمه الله - .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وفيه نظر ، لأنا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس مجازاً . والحق : أن قوله : لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ، ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازًا ، وفي« فتاوى العتابي »- رحمه الله - : التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : التوكيل عند أبي حنيفة -رحمه الله - بغير رضى الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه .

لهما :أن التوكيل تصرف في خالص حقه ، فلا يتوقف على رضاء غيره ، كالتوكيل بتقاضي الديون . وله: أن الجواب مستحق على الخصم ، ولهذا يستحضره . والناس متفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا بلزومه ، يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر؛لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ، ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة.

م: (**لهما**) ش:أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله م: (**أن التوكيل تصرف في خالص حقه**) ش: أي في حق الموكل وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة ، وكلاهما حق الموكل ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون .وله**) ش: أي ولأبي حنيفة-رحمه الله - : م: (**أن الجواب مستحق على الخصم**) ش: أي على الخصم م: (**ولهذا يستحضره**) ش: في مجلس القاضي .

م: (**والناس متفاوتون في الخصومة**) ش: وفي جوابها ، فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق، ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجه ، فيحمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه م: (**فلو قلنا بلزوم**) ش: أي بلزوم التوكيل بالخصومة م: (**يتضرر به**) ش: أي الخصم . فإذا كان كذلك م: (**فيتوقف على رضاه**) ش: أي على رضى الخصم ثم نظر هذا بقوله : م: (**كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما**) ش: أي أحد الشريكين م: (**يتخير الآخر**) ش: أي الشريك الآخر بين أن يرضى به وبين أن يفسخه دفعًا للضرر عنه .

م: (**بخلاف المريض والمسافر**) ش: أما المريض فلعجزه بالمرض ، وأما المسافر فلغيبته م: (**لأن الجواب غير مستحق عليهما**) ش: لو لم يسقط عنهما لزم الحرج . قال الله عز وجل: ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾ (الحج: الآية ٧٨) . م: (**هنالك**) ش: أي في المكان الذي كان فيه .

وفي «فتاوى قاضي خان» - رحمه الله - : ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه، ولكن يمكنه بركوب الدابة أو أيدي الناس ، فإن ازداد مرضه بالركوب صح توكيله بغير رضي الخصم ، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه على الخلاف أيضًا ، وقيل له أن يوكل بغير رضاء وهو الصحيح م: (**ثم كما يلزم التوكيل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة**) ش: إذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه .

وقال قاضي خان - رحمه الله - في فتاواه » : لكن لا يصدق أنه يريد السفر ، ولكن القاضي ينظر إلى زيد وعدة سفره ،أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأله عن رفقائه، كما في فسخ الإجارة إذا أراد المستأجر فسخها بعذر السفر ، فبمجرد قوله أريد السفر لا يثبت العذر إذا لم يصدقه الآجر ، لكن يسأله القاضي فيقول له مع من تريد الخروج؟ ، ثم يسأل رفقته فإن قالوا: نعم تحقق العذر ، وهو السفر في فسخ الإجارة فكذا هنا .

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي - رحمه الله-:يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها. قال - رضي الله عنه-: وهذا شيء استحسنه المتأخرون . قال : ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

م: (**ولو كانت المرأة مخدرة**) ش: قال البزدوي المخدرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجل، أما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة ، فلو وكلت بالخصومة ، فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث القاضي إليها ثلاثة من العدول ويستحلفها أحدهم ، ويشهد الآخران على حلفها . وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجري في الأيمان .

هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» ، وذكر فيه : وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة وإلى المريض خليفته فيفصل الخصومة هنالك يجوز لأن مجلس الخليفة كمجلسه .

وفي «الذخيرة» : ومن الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة - رحمه الله - : الحيض في المرأة ، إذا كان القاضي يقضي في المسجد ، وهذه المسألة على وجهين : إن كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم، وإن كانت مطلوبة أو أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضى خصمه، وإلا يقبل ولو كان الموكل محبوسًا فهو على وجهين ،إن كان محبوسًا في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بغير رضى خصمه ، لأن القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن . وإن كان محبوسًا في سجن الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج يلزم توكيله بغير رضى خصمه .

م: (**لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم. قال الرازي - رحمه الله -: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها**) ش: والمراد بالرازي أبو بكر الخصاف أحمد بن علي - رحمه الله - صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع وأحكام القرآن ، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي ، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنه سبع وثلاثمائة م: (**قال - رضي الله عنه -: وهذا شيء استحسنه المتأخرون**) ش: قال الأترازي-رحمه الله - أي قال أبو بكر الرازي - رحمه الله -: وقال الأكمل، أي قال المصنف وشيخي العلاء -رحمهما الله- قال مثل ما قال الأترازي، وهو الظاهر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف**) ش: أي التصرف الذي وكل به . وفي «الذخيرة» : هذا القيد ، وقع على قولهما لا على

قول أبي حنيفة - رحمه الله - فإن عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلاً بما يملكه بيانه أن الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكًا لذلك التصريف الذي وكل به ، ولهذا قالا : كل عقد لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه لا يجوز للموكل أن يباشره له كما وكله ببيع الدم وا'يتة .

قلنا : ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فإنه لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه إذا كان غائبًا ويجوز للوكيل أن يتولاه ، وكذلك الحاكم لا يجوز أن يحكم لنفسه ويجوز أن يحكم له غيره ، والقياس على الدم والميتة ضعيف ، لأن أهل الذمة لا يعتقدونه مالاً فلا يملك الوكيل تصرفه .

وقال الأترازي - رحمه الله - : هذا الشرط الذي يشرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وإنما خص هذا القائل للاستقامة على مذهبهما ، لأنه لم يدرك كنه كلام القدوري - رحمه الله -إذ مضمون كلامه : أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل :

فالأول : أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام ،

والثاني : أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولايته شرعًا في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغًا على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعًا وشراء ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعًا في جنس التصرف إلا في كل الأفراد على وجه يلزمه التصرف فيما يتصرف بولايته .

والشرط الآخر وهو أن يعقل البيع ويقصده حاصل في الوكيل أيضًا وهو الذمي ؛ لأنه يعقل معنى البيع والشراء ، أو يقصده ، فصح الشرط إذن على مذهب الكل .

وقال الأكمل : - رحمه الله -بعد قوله المصنف - رحمه الله -قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام . قال صاحب «النهاية» إن هذا القصد وقع على قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف ، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعبد أي يملك التصرف الذي وكل به .

وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازًا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل .

م: (**وتلزمه الأحكام**) ش: قيل هذا احتراز عن الوكيل ، فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن فلا يصح توكيل الوكيل غيره، وقيل :

لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكًا ليملكه من غيره . ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ، لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة ، فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيًا لا يعقل أو مجنونًا كان التوكيل باطلاً . وإذا أوكل الحر العاقل البالغ ، أو المأذون مثلهما جاز ،لأن الموكل مالك للتصرف ، والوكيل من أهل العبارة. وإن وكل صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ، وتتعلق بموكلهما ، لأن الصبي من أهل العبارة . ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه ،

احتراز عن الصبي المحجور ، فإنهما لو اشتريا شيئًا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما م: (**لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكًا ليملكه من غيره ، ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد**) ش: بأن يعرف أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب وعرف الغبن اليسير من الفاحش م: (**ويقصده**) ش: أي يقصد العقد بمباشرة السبب لثبوت الملك ولا يكون هازلاً فيه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الوكيل م: (**يقوم مقام الموكل في العبارة ، فيشترط أن يكون من أهل العبارة**) ش: في الكلام فلا بد أن يكون من العبارة ولا يكون هذا إلا بالعقل والتميز ، لأن كلام غير المميز كألحان الطيور ونتيجة هذا هو قوله م: (**حتى لو كان**) ش: أي الوكيل م: (**صبيًا لا يعقل أو مجنونًا كان التوكيل باطلاً**) ش: إذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح .

م: (**وإذا أوكل الحر العاقل البالغ، أو المأذون مثلهما جاز**) ش: قال الكاكي - رحمه الله -: هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية والرقية ، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر ، أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لأن التعليل بقوله م: (**لأن الموكل مالك للتصرف ، والوكيل من أهل العبارة**) ش: يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية .

وقال الأترازي : كان ينبغي أن يقيد قوله «الحر البالغ» بالعاقل أيضًا ، لأن المجنون إذا وكل غيره لا يصح وكأنه إنما لم يقيد الحر بذلك بناء على الغالب ، وإن الغالب أحوال الحر البالغ أن يكون عاقلاً ، وكونه مجنونًا نادر ، إنما أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشراء ، إذا كان مأذونًا له في التجارة ، لأن توكيل الصبي المأذون غيره جائز كسائر تصرفاته ، بخلاف ما إذا كان الصبي مجوراً حيث لا يجوز له أن يوكل غيره .

م: (**وإن وكل**) ش: يعني أحد م: (**صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله -، وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز م: (**ولا يتعلق بهما الحقوق**) ش: كالقاضي وأمينه ، حيث لا عهدة عليهما فيما فعلا ، وفيه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما م: (**وتتعلق بموكلهما**) ش: أي وتتعلق الحقوق لموكل الصبي المحجور والعبد المحجور م: (**لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه**).

والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، إنما لا يملكه في حق المولى . والتوكيل ليس تصرفًا في حقه ، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة . أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ، فتلزم الموكل . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور له خيار الفسخ ؛ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، فإذا ظهر خلافه يتخير .كما إذا عثر على عيب. قال : والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة ، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعي - رحمه الله- : تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح .

م: (والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لا يملكه) ش:أي التصرف م: (في حق المولى) ش: دفعًا للضرر م: (والتوكيل ليس تصرفًا في حقه) ش: أي في حق المولى ، إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته والعبد يبقى على أصل الحرية في ذلك ، لأن صحة العبارة بكونه آدميًا .

م: (إلا أنه) ش: جواب إشكال وهو أن يقال إنهما لو كانا من أهل التصرف ، ينبغي أن يصح منهما التزام العهدة ، فأجاب بقوله « إلا أنه » أي ضمير أن الشأن م: (لا يصح منهما) ش: أي من الصبي والعبد م: (التزام العهد . أما الصبي لقصور أهليته) ش: بعدم البلوغ م: (والعبد لحق سيده) ش: لئلا يلزم الضرر به وإذا كان كذلك م: (فتلزم) ش: أي الحقوق م: (الموكل) ش: لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس إليهما ، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل .

م: (وعن أبي يوسف -رحمه الله- : أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون) ش: قيل في «حاشية نسخة المصنف» - أو محجور - ومتنها «مجنون» ، في بعض النسخ «أو عبد محجور» ولهذا قال في الكافي» - : ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور م: (له خيار الفسخ) ش: وذلك م: (لأنه) ش: أي لأن المشتري م: (دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، فإذا ظهر خلافه يتخير ، كما إذا عثر) ش، أي اطلع م: (على عيب) ش: الجامع بينهما عدم الرضى .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م: (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة ، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعي -رحمه الله-: تتعلق بالموكل) ش: قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه) ش: أي توابع الملك م: (وصار) ش: أي الوكيل م: (كالرسول) ش: بأن قال لآخر : كن رسولي في بيع عبدي م: (والوكيل في النكاح) ش: فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقًا .

ولنا :أن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميًا . وكذا حكمًا ؛لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ،وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به.ولهذا قال في الكتاب: يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل له خلافة عنه اعتباراً للتوكيل السابق ،

م: (**ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة**) ش: أي من حيث الحقيقة م: (**لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته**) ش: أي عبارة العاقد م: (**لكونه آدميًا**) ش: عاقلاً أهلاً للتصرف ، فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعًا له ، غير أن الموكل استنابه في تحصيل الحكم وجعلناه نائبًا في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق .

م: (**وكذا حكمًا**) ش: أي وكذا العاقد هو العاقد من حيث الحكم ، واستدل المصنف على ذلك بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن الوكيل م: (**يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك**) ش: أي من إضافة العقد إليه م: (**كالرسول**) ش: فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الرسول م: (**وإذا كان كذلك كان**) ش: أي الوكيل م: (**أصيلاً في الحقوق فتتعلق به**) ش: أي بالوكيل .

م: (**ولهذا**) ش: أي فلأجل كون الوكيل أصيلاً في الحقوق م: (**قال في الكتاب**) ش: أي: قال محمد - رحمه الله -في «الجامع الصغير» و«المبسوط» .

وقال الأترازي - رحمه الله - : أي قال القدوري - رحمه الله -في «مختصره» وهذا هو الظاهر فإنه قال في« مختصره» : م: (**يسلم المبيع ويقبض الثمن**) ش: إذا كان وكيلاً بالبيع م: (**ويطالب**) ش: على صيغة المجهول أي الوكيل يطالب م: (**بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم**) ش: بفتح الصاد على بناء المجهول أي يخاصم الوكيل م: (**في العيب ويخاصم فيه**) ش: إذا اشترى م: (**لأن كل ذلك من الحقوق**) ش: أي من حقوق العقد .

م: (**والملك يثبت**) ش: جواب سؤال مقدر وهو أن يقالكما ثبت الملك م: (**للموكل**) ش: ينبغي أن تثبت الحقوق له كما قاله الشافعي -رحمه الله- فأجاب عنه بقوله : والملك يثبت م: (**له**) ش: أي للموكل م: (**خلافة عنه**) ش: أي بطريق الخلافة عن الوكيل لا أصالة م: (**اعتباراً للتوكيل السابق**) ش: يعني يقوم الموكل مقامه في ثبوت الملك له للاعتبار للتوكيل الذي سبق.

واعلم أن المشايخ -رحمهم الله- اختلفوا في أن الملك يثبت للوكيل بالشراء ثم ينتقل إلى الموكل منه أو يثبت للموكل ابتداء .

قال الكرخي -رحمه الله- : ومن تابعه بالأول وإليه ذهب بعض أصحابنا وهو اختيار

كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح. قال - رضي الله عنه- وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى. قال : وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها ؛لأن الوكيل فيها سفير محض . ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى

قاضي خان -رحمه الله- ، وقاله أبو طاهر الدباس -رحمه الله- بالثاني ، وهو مذهب جماعة من أصحابنا -رحمهم الله .

م: (**كالعبد يتهب ويصطاد**) ش: أي كالعبد يقبل الهبة ويصطاد الصيد فإنه يثبت الملك للمولى م: (**ويحتطب**) ش: ابتداء م: (**هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول الكرخي -رحمه الله .

وفي «الفتاوى الصغرى» قال شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله : قول أبو طاهر -رحمه الله- أصح ، وقول الشافعي -رحمه الله - كقول أبي طاهر -رحمه الله- .

وذكر الصدر الشهيد : أن القاضي أبا زيد خالفهما ، فقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق يثبت له ثم ينتقل إلى الموكل من قبله ، فوافق الكرخي -رحمه الله- في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا احسن .

وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل ما دام حياً ، وإن كان غائباً لا تنتقل الحقوق إلى الموكل ، وقال أيضاً: ذكر الفضيل -رحمه الله- أن الوكيل بالبيع إذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل إلى وصيه دون الموكل ، ولو مات ولم يوص يرفع الأمر إلى القاضي لينصب وصياً وهو قول بعض مشايخنا -رحمهم الله .

وقال بعضهم ينتقل إلى موكله ولأنه قبض الثمن .

م: (**قال - رضي الله عنه -**) ش: أي المصنف -رحمه الله- : م: (**وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: نذكره بعد هذا عند قوله : وإن اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وكل عقد**) ش: هذه ضابطة الضرب الثاني م: (**يضيفه**) ش: أي الوكيل م: (**إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها**) ش: أي تسليم المرأة إلى موكله م: (**لأن الوكيل فيها**) ش: أي في هذه الأشياء المذكورة م: (**سفير محض**) ش: كالرسول .

م: (**ألا ترى أنه**) ش: أي أن الوكيل م: (**لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى**

نفسه كان النكاح له ، فصار كالرسول ، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً. والضرب الثاني من أخواته العتق على مال ، والكتابة والصلح عن الإنكار. فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضًا ؛ لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ، وأنه يلاقي محلاً مملوكًا للغير فلا يجعل أصيلاً .

نفسه كان النكاح له فصار كالرسول) ش: في باب البيع م: **(وهذا)** ش: أي كونه كالرسول فيها م: **(لأن الحكم فيها)** ش: أي في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله م: **(لا يقبل الفصل عن السبب)** ش: وهو العقد ، ولهذا لا يدخل فيها خيار الشرط ؛ لأنه من قبيل الإسقاطات ، فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره أشار إلى هذا بقوله : م: **(لأنه إسقاط فيتلاشى)** ش: أي فيضمحل .

م: **(فلا يتصور صدوره)** ش: أي صدور السبب بطريق الأصالة م: **(من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً)** ش: بخلاف البيع ، فإن حكمه ينفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار ، فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره خلافة ، وقيدنا بقوله «أصالة» إذ السبب يصدر من الوكيل نيابة في النكاح .

م: **(والضرب الثاني من أخواته:)** ش: أي ومن أخوات الضرب الثاني ، م: **(العتق على مال)** ش: قوله« الضرب الثاني» مبتدأ وقوله «من أخواته» جملة وقعت خبراً له ، وأراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ، قاله الأترازي -رحمه الله- والصواب : أن يكون الضرب الثاني مبتدأ ، وقوله «من أخواته» خبراً لقوله «العتق على مال» مقدماً على المبتدأ ، والجملة خبر المبتدأ الأول ، وصورة العتق على مال أن يوكل أحداً على أن يعتق عبده على مال م: **(والكتابة والصلح عن الإنكار)** ش: جعل من هذا القبيل ؛ لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه .

م: **(فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع)** ش: أراد به الصلح عن إقرار وجعله جار مجرى البيع ؛ لأنه مبادلة مال بمال ، فكان حكمه حكم البيع م: **(فهو من الضرب الأول)** ش: متعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل . م: **(والوكيل بالهبة)** ش: يعني إذا وكل رجلاً بأن يهب عبده لفلان م: **(والتصدق)** ش: بأن وكله أن يتصدق على فلان م: **(والإعارة)** ش: بأن وكله أن يؤجر فلاناً داره م: **(والإيداع)** ش: بأن وكله أن يودع متاعه .

م: **(والرهن)** ش: بأن وكله بأن يرهن متاعه م: **(والإقراض)** ش: بأن وكله بأن يقرض فلاناً م: **(سفير أيضاً)** ش: هذا خبر لقوله « والوكيل بالهبة» فإذا كان الوكيل في هذه الأشياء سفيراً تعلقت حقوق العقد بموكله م: **(لأن الحكم فيها)** ش: أي في العقود أي المذكورة م: **(تثبت بالقبض وأنه)** ش: أي وأن القبض م: **(يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً)** ش: أي فلا يجعل الوكيل في هذه

وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، وكذا الشركة والمضاربة ، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه. قال : وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن ، فله أن يمنعه إياه ، لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد ، فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيًا ، لأن نفس الثمن المقبوض حقه ، وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ،

الأشياء أصيلاً ؛ لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقي القبض ، فكان سفيراً ومعبراً عن المالك .

م: **(وكذا)** ش: يعني يكون سفيراً م: **(إذا كان الوكيل من جانب الملتمس)** ش: لذلك ، نحو أن وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب ، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل م: **(وكذا الشركة والمضاربة)** ش: يعني إذا وكل بالشركة أو بالمضاربة ، فالوكيل فيهما سفير أيضاً ، لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل؛ لأن الوكيل لا بد له من إضافة العقد إلى موكله ، فكان سفيراً حتى لو أضاف العقد إلى نفسه لا يقع عن موكله .

م: **(إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل)** ش: هذا استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس بيان بطلان استقراض الوكيل بأن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير ، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك [الغير] باطل م: **(حتى لا يثبت الملك للموكل)** ش: حتى لو هلك الذي استقرضه هلك على الوكيل، م: **(بخلاف الرسالة فيه)** ش: أي في الاستقراض ، فإن الرسالة فيه تصح بأن يقول : أرسلني فلان إليك يستقرض منك ، ويثبت الملك للمستقرض .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه)** ش: أي فللمشتري منعه إياه خلافاً للأئمة الثلاثة ، لأن الحقوق ترجع إلى الموكل عندهم م: **(لأنه)** ش: أي لأن الموكل م: **(أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد فإن دفعه إليه)** ش: أي ولو دفع المشتري الثمن إلى الموكل م: **(جاز)** ش: دفعه م: **(ولم يكن للوكيل أن يطالبه به)** ش: أي أن يطالب المشتري بالثمن م: **(ثانياً)** ش: أي ثاني مرة م: **(لأن نفس الثمن المقبوض حقه)** ش: أي حق الموكل م: **(وقد وصل إليه)** ش: أي وقد وصل حقه إليه وإذا كان كذلك م: **(ولا فائدة في الأخذ منه)** ش: أي من الموكل م: **(ثم الدفع إليه)** ش: وهذا بخلاف الوكيل في بيع الصرف ، فإن هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز لأن بيع الصرف يتعلق بالقبض ، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول . ولو ثبت للوكيل حق القبول ، وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض .

وفي «الذخيرة» : ونقل من «مختلف الرواية» أن المشتري من الوصي لو دفع الثمن إلى الصبي ، فللوصي أن يرجع إلى المشتري .

ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضًا دون دين الوكيل ، وبدين الوكيل إذا كان وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة ،ومحمد - رحمهما الله- لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ، ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين .

م: (**ولهذا**) ش: توضيح لقوله : أن نفس الثمن المقبوض حقه فإنه م: (**لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل**) ش: لأن دين المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، وله إبراء المشتري من الثمن وخرج الكلامان معاً ، فالمشتري يرى ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء، فكذا هنا م: (**وبدين الوكيل**) ش: أي تقع المقاصة بدين الوكيل م: (**إذا كان وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- لما أنه**) ش: أي أن الوكيل م: (**يملك الإبراء عنه**) ش: أي إبراء المشتري عن الثمن م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وهو إبراء بعوض لأن القبض حقه ، فيملك المقاصة أيضاً ؛ لأنه إبراء أيضاً ولكنه بعوض ،فكان بالطريق الأولى أن يملكه م: (**ولكنه يضمنه**) ش: أي ولكن الوكيل يضمن الثمن م: (**للموكل في الفصلين**) ش: أي في فصل : الإبراء وفصل المقاصة بدين الوكيل .

ولا يقال : ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب المقاصة بدين الموكل ، لأنه خالف الموكل لأنه وكله ببيع يصل الثمن إليه ، وها هنا لا يصل ، فإذا خالف ينبغي أن لا يجوز هذا البيع لأنا نقول وصل إليه الثمن قبل البيع ، لأنه بالبيع صار دينه قصاصاً بدين الآمر بالإجماع ، كذا في «الذخيرة» .

وفي «المبسوط» : قال أبو يوسف -رحمه الله- لا يجوز إبراء الوكيل للمشتري عن الثمن ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهما الله- إذ الثمن ملك الموكل ، ولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنع الموكل عن ذلك وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، وأحمد -رحمه الله- في رواية .

وفي «الفتاوى الصغرى » : الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإقالة والإبراء والمقاصة بما على الوكيل عندهما . وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا يملك ذلك ، وقال محمد -رحمه الله- في «الأصل» : ولو كان البائع أبرأ المشترى ، يعني أن الوكيل أبرأه من الثمن فهو جائز ، وهو له ضامن وكذلك له وهبه له ، وكذلك لو اشترى متاعاً أو كانت دنانير فأخذ بها منه أو كانت دراهم فأخذ بها منه [كان] ضامنًا للثمن .

والذي اشترى هو له ، وكذلك لو صالحه عليه صلحاً ولم يشتر ، وكذلك لو أخر عن الثمن

إلى أجل ، كان ضامناً للثمن وجاز التأخير ، ولو حط عنه كان ضامناً لما حط عنه ، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله .

وقال أبو يوسف -رحمه الله- : لا يجوز شيء مما صنع من هذا من هبة وغيرها، والمال على حالته على المشتري . وفي «الفتاوى الصغرى» : ثم في وقوع المقاصة إن كان دين المشتري على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصاً إجماعاً وإن كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف، وإن كان عليهما يصير قصاصاً بدين الموكل .

أما عند أبي يوسف -رحمه الله- فظاهر ، وأما عندهما : فلأن الثمن لو صار بدين الوكيل لاحتجنا إلى قضاء الوكيل للموكل ، وصار قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج قضاء آخر فقصرنا المسافة ، ولأن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع فعلى هذا الحيلة في موضعين :

أحدهما : إذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه ، فيتوكل الدائن عن الغير في شرحين من زيد فإذا اشترى تقع المقصاة بين دين الوكيل على البائع وبين دين وجب للبائع على الوكيل ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله ، والثاني : أن يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون، فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب على البائع على الوكيل، والله أعلم .

* * *

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلاً بشراء شيء ، فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلومًا ، فيمكنها الائتمار ، إلا أن يوكله وكالة عامة ، فيقول ابتع لي ما رأيت ،

م: **(باب الوكالة بالبيع والشراء)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع والشراء . قدم هذا الباب على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة إليه في ذلك .

م: **(فصل في الشراء)**

ش :أي هذا فصل في بيان أحكام الشراء ، وقدم هذا الفصل على الفصول التي تأتي بعده لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في فقد البيع وهو البيع ، والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقدم .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ومن وكل رجلاً بشراء شيء)** ش: أي غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة ، م: **(فلا بد من تسمية جنسه)** ش: كالعبد والجارية ، إذ العبد جنس بلسان الشرع ، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل النطق ، فإن الجنس عندهم هو المقبول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو ، كالإنسان مثلاً .

والصنف هو النوع المقيد بقيد عرض كالتركي والهندي ، والمراد هنا بالجنس : ما يشمل أصنافاً على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف م: **(وصفته)** ش: أي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقهاء م: **(أو جنسه ومبلغ ثمنه)** ش: أي أو تسمية جنسه مقدار ثمنه ، وبه قال الشافعي- رحمه الله - في وجه ، وأحمد -رحمه الله- في رواية .

وقال في وجه : لا يصح حتى يذكر نوعه ، وبه قال أحمد -رحمه الله- في رواية ، وعند مالك -رحمه الله- : الشرط أن يكون معلوماً في الجملة ،قيل : هو الذي ذكره القدوري -رحمه الله- استحساناً ، والقياس عدم الجواز ، وجه الاستحسان : حديث عروة البارقي -رضي الله عنه- ، وقد مر لأنه ﷺ ذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة . م: **(ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنها الائتمار)** ش: . أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل م: **(إلا أن يوكله)** ش: هذا استثناء من قوله « فلا بد من تسمية جنسه» يعني إذا وكله م: **(وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت)** ش:

لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً . والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانًا ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع.ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسًا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ،وإن كان جنسًا يجمع أنواعًا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا ، وبذكر النوع تقل الجهالة ، فلا يمنع الامتثال. مثاله:إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح ؛لأنه يشمل أنواعًا ، فإن بين النوع التركي والحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد

فلا يحتاج إلى ذكر الجنس وغيره م: **(لأنه)** ش: أي لأن الموكل م: **(فوض الأمر إلى رأيه)** ش: أي إلى رأي الوكيل م: **(فأي شيء يشتريه يكون متمثلاً)** ش: لأمر الموكل ، وفيه خلاف لأحمد -رحمه الله- فإنه يقول : لا تصح هذه الوكالة العامة .

م: **(والأصل فيه)** ش: أي في هذا الباب : م: **(أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً)** ش: الجهالة اليسيرة جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي ، فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين بالثمن .

وقال بشر المريسي : لا تصح الوكالة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه وأحمد في رواية ، لأن التوكيل بالبيع والشراء يعتبر بنفس البيع والشراء، فلا تصح إلا ببيان وصف المعقود عليه ، قلنا : تصح هذه الوكالة م: **(لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط)** ش: يعني اشتراط بيان الوصف م: **(بعض الحرج وهو مدفوع)** ش: شرعاً .

م: **(ثم إن كان الفظ)** ش: أي اللفظ الذي يذكره الموكل م: **(يجمع أجناساً)** ش: كالدابة والثوب م: **(أو ما هو في معنى الأجناس)** ش: كالدار والرقيق م: **(لا يصح التوكيل وإن بين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة)** ش: والوكيل لا يقدر على الامتثال. وفي «الكافي» : الجهالة ثلاثة أنواع ، فاحشة ويسيرة ومتوسطة . وقد ذكر المصنف اليسيرة والفاحشة ، ويذكر عن قريب المتوسطة .

م: **(وإن كان)** ش: أي اللفظ م: **(جنساً يجمع أنواعاً)** ش: كالعبد والأمة والدار م: **(لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال)** ش: أي امتثال أمر الآمر م: **(مثاله إذا وكله)** ش: أي مثال هذا النوع : إذا وكل رجل رجلاً م: **(بشراء عبد أو جارية لا يصح؛ لأنه)** ش: أي لأن لفظ عبد أو لفظ جارية م: **(يشمل أنواعاً فإذا بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد)** ش: ،في المغرب المولد الذي ولد في دار السلام ،

جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه . ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة . ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع . وفي «الجامع الصغير» ومن قال لآخر اشتر لي ثوبًا أو دابة أو دارًا ، فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسًا، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ، ولهذا لا يصح تسميته مهرًا ، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس ، لأنها تختلف اختلافًا فاحشًا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان ، فيتعذر الامتثال .

وقيل : العبد الذي تولد بين العرب ونشأ بين أولادهم، م: **(جاز)** ش: أي التوكيل م: **(وكذا)** ش: أي وكذا جاز م: **(إذا بين الثمن لما ذكرناه)** ش: أشار به إلى قوله : لأن تقدير الثمن يصير النوع معلوماً .

م: **(ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة)** ش: أي الوسط وأصله وسط حذفت الواو منه كما في عدة وغطة ، وعوضت التاء في آخرها عن الواو، م: **(جاز)** ش: أي التوكيل م: **(لأنه جهالة مستدركة)** ش: أي يسيرة م: **(ومراده)** ش: أي مراد القدوري -رحمه الله- م: **(من الصفة المذكورة)** ش: وهي قوله : وصفته م: **(في الكتاب النوع)** ش: أي في «مختصر القدوري» ومن الكلام فيه أول الفصل .

م: **(وفي« الجامع الصغير»)** ش: وفائدة ذكر وضع «الجامع الصغير» بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة ، م: **(ومن قال لآخر اشتر لي دابة أو ثوباً أو داراً ، فالوكالة باطلة)** ش: وإن عين الثمن حتى لو اشترى كان الشراء واقعاً على الوكيل ، وبه صرح في «نسخ الجوامع» م: **(للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض ، وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل ، فقد جمع أجناساً وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء)** ش:كأنه أراد به الأرفع من الثياب ومن الكساء دونها ، ولكن لم يرد في اللغة ما أراده من هذا .

قال صاحب «الجمهرة» : أطلسته كدره في غيره والذئب أطلس وكذلك كل شيء يشبه . وقال في «تهذيب ديوان الأدب» : الأطلس على لون الذئب ، يقال ذئب أطلس ، والأطلس الخلق من الثياب ، ولبعض الفضلاء : أنس مشتق من الإنس، والأنس إن ثناه عن الإنس ثيابهم ملبس ، ولكنها على ذباب منهم طلس .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون الثوب الملبوس من الأطلس إلى الكساء م: **(لا يصح تسميته مهراً)** ش: للجهالة الفاحشة ، م: **(وكذا الدار)** ش: أي لا يصح توكيله بشراء الدار مطلقاً لأنها م: **(تشمل ما هو في معنى الأجناس؛ لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال)** ش: جمع محلة م: **(والبلدان)** ش: جمع بلد وإذا كان الاختلاف فيها فاحشا م: **(فيتعذر الامتثال)** ش: أي امتثال أمر الآمر بشراء الدار مطلقاً .

قال ، وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه . وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارًا أو نحوه . قال : ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعامًا فهو على الحنطة ودقيقها استحسانًا . والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارًا للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم، وجه الاستحسان: أن العرف أملك وهو على ما ذكرنا إذا ذكر مقرونًا بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل ، فبقي على الوضع . وقيل إن كثرت

م: **(قال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار)** ش: بأن قال : في محلة كذا م: **(والثوب)** ش: أي وسمى عين الثوب م: **(جاز)** ش: أي التوكيل م: **(معناه)** ش: أي معنى قوله في : «الجامع الصغير» ووصف جنس الدار م: **(نوعه)** ش: لأن تفاحشهم يرتفع بذكر الوصف والثمن، م: **(وكذا إذا سمى نوع الدابة، بأن قال: حمار أو نحوه)** ش: مثل بغل جاز ، وإن لم يبين الثمن .

كذا في «المبسوط» ، لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية وإنما بقيت الجهالة بالوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن .

فإن قيل: الحمير أنواع ، منها ما يركبه العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل .

قلت : هذا اختلاف للوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا : إن القاضي أو الوالي لو أمر بشراء حمار يصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز ، بخلاف ما لو أمر القاضي ليرى بذلك، كذا في المبسوط .

م: **(قال)** ش: أي في «الجامع الصغير» : م: **(ومن دفع إلى آخر دراهم)** ش: قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم ، وقال: اشترى لي حنطة أو شعيراً لم يجز ، لأنه لم يبين المقدار ، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس م: **(وقال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة)** ش: ،لأن الطعام اسم للمطعوم م: **(كما في اليمين على الأكل)** ش: إذا حلف لا يأكل طعاماً ، فأكل فاكهة يحنث م: **(إذ الطعام اسم لما يطعم)** ش: بحسب العرف على ما يجيء بيانه مشروحاً إن شاء الله تعالى .

م: **(وجه الاستحسان: أن العرف أملك)** ش: أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس م: **(وهو على ما ذكرنا)** ش: أي العرف على ما ذكرناه من أنه واقع على الحنطة ودقيقها م: **(إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء)** ش: ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام ، وإذا كان السوق هكذا ترك القياس به ، لأن العرف أقوى من القياس ، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص م: **(ولا عرف في الأكل)** ش: أي في اليمين بالأكل م: **(فبقي على الوضع)** ش: وهو أن الطعام اسم لما يطعم .

م: **(وقيل:)** ش: هو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني -رحمه الله- ، فإنه قال : م: **(إن كثرت**

الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق .قال : وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده ، لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه . فإن سلمه إلى الموكل

الدراهم فعلى الحنطة) ش: أي الوكالة تقع على الحنطة . وقال تاج الشريعة : قوله هو على ما ذكرناه .

قالوا : هذا عرف أهل الكوفة ، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام له هو في عرف غير أهل الكوفة ينصرف التوكيل إلى شراء كل مطعوم م: **(وإن قلت: فعلى الخبز)** ش: أي فتقع الوكالة على الخبز م: **(وإن كان فيما بين ذلك)** ش: أي بين القليل والكثير م: **(فعلى الدقيق)** ش:

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- : إن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري الحنطة والدقيق والخبز ، فاشترى بها الوكيل الخبز أو الدقيق لا يجوز على الموكل ، وإن كانت وسطاً شترى بها الحنطة أو الدقيق فاشترى بها الوكيل الحنطة أو الدقيق جاز ، ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وإن كانت قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف إلا الخبز ، فإنه يحوز إذا اشترى الخبز .

وفي «الفتاوى الصغرى» : ما ذكر محمد -رحمه الله- في عرفهم .

أما في عرفنا : فالطعام ما يمكن أكله من غير دم كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه ، فتصرف الوكالة إلى ذلك دون الحنطة والدقيق والخبز والفتوى على هذا .

وفي «القدوري» عن أبي يوسف -رحمه الله- : إذا كان شهد وليمة فدفع إليه دراهم كثيرة ، فهو على الخبز ، وإذا وكله بشراء لحم بدرهم فاشتري المطبوخ أو المشوي منه لا يجوز على الأمر إلا إذا كان مسافراً نزل خاناً ، ولحم الطير الوحشي يجوز عليه إن كان في بلد يباع في أسواقه منه فيشترى الناس . وشراء الشاة الحية أو المذبوحة لا يجوز عليه ، وإن سمى فهي للآمر بعشرة دراهم إلا أن تكون مسلوخة ، ولو أمره بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة ، بخلاف اليمين على أكل البيض حيث يقع على بيض الطير .

هذا كله من «الفتاوى الصغرى» .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه)** ش: أي فللوكيل أن يرده بالعيب م: **(من حقوق العقد وهي كلها إليه)** ش: ،أي الحقوق كلها إلى الوكيل م: **(فإن سلمه إلى الموكل)** ش: أي وإن أسلم الوكيل

لم يرده إلا بإذنه ، لأنه انتهى حكم الوكالة ، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية ، فلا يتمكن منه إلا بإذنه، ولهذا كان خصمًا لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده . قال : ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه عقد يملكه بنفسه ، فيملك التوكيل به دفعًا للحاجة على ما مر ، ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم ؛ لأن ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعامًا في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز .

المبيع إلى الموكل م: **(لم يرده إلا بإذنه)** ش: أي بإذن الموكل، م: **(لأنه انتهى حكم الوكالة)** ش: لأنه خرج من الوكالة وانقطع حقه م: **(ولأن فيه)** ش: أي في الرداء م: **(إبطال يده الحقيقية)** ش: أي يد الموكل.

م: **(فلا يتمكن منه)** ش: أي من الرد م: **(إلا بإذن الموكل ولهذا)** ش: أي ولأجل أن حقوق العقد كلها إلى الوكيل م: **(كان)** ش: أي الوكيل م: **(خصمًا لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده)** ش:، يعني كون الوكيل خصمًا لمن يدعي إنما يكون قبل تسليم الوكيل المبيع إلى الموكل لا بعد التسليم ؛ لأن الحقوق ترجع اليد قبل التسليم إلى الموكل.

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه)** ش: أي لأن عقد الصرف والسلم م: **(عقد يملكه بنفسه، فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر)** ش: في أول كتاب الوكالة ويرد عليه الاستقراض فإنه تلك الموكل ولا يملك التوكيل ، وكذا يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم إليه ، فإن المسلم إليه باشره بنفسه لقبول السلم يجوز . ولو وكل غيره لا يجوز .

وأجاب الأترازي -رحمه الله- عن الثاني بقوله فجوابه : أن القياس أن لا يملكه المسلم لكونه بيع للمعدوم ، إلا أنه جوز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس ، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس ؛ والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره في التوكيل، ولم يرد نقصاً على الكلي الذي قاله القدوري-رحمه الله-، انتهى .

قلت : هذا ذكره غيره أيضاً .

م: **(ومراده التوكيل بالإسلام)** ش: يعني أن المراد منه : التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم م: **(دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز)** ش: وهذا لا يجوز وهو معنى قوله : فإن ذلك لا يجوز، م: **(فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره)** ش: وهو الموكل م: **(وهذا لا يجوز)** ش: لأن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لم يجز ، فكذلك في الديون لا يجوز، نص على ذلك محمد -رحمه الله- في باب: الوكالة في السلم ، فإن بطل التوكيل بقي

فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض . ولا يعتبر مفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد ،والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ، فيصح قبضه . وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ، بخلاف الرسول ؛

الوكيل عاقداً لنفسه فملك رأس المال ، فلما أسلمه إلى الموكل على وجه التمليك كان قرضًا عليه

فإن قيل : قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في الوكيل بالشراء فإن الوكيل هو المطالب بالثمن ، والثمن يجب في ذمة الموكل ، فينبغي أن يجوز فيما نحن فيه لجامع معنى الرسم، فإن السلم فيه دين في ذمة المسلم إليه ، كالثمن ؟ .

قلنا : المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك .

م: **(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد)** ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره» أي فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد م: **(لوجود الافتراق من غير قبض)** ش: لأن القبض في المجلس شرط ولم يوجد م: **(ولا يعتبر مفارقة الموكل)** ش: قبل القبض م: **(لأنه ليس بعاقد ، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل، فيصح قبضه)** ش: أي قبض الوكيل بدل الصرف .

م: **(وإن كان لا يتعلق به الحقوق)** ش: كلمة «إن» للوصل ، والضمير في كان يرجع إلى الوكيل والمعنى يصح قبض الوكيل ، وإن كان مما لا يلزم العهدة م: **(كالصبي والعبد المحجور عليه)** ش: يعني كما إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً لأنه العاقد .

قال الكاكي -رحمه الله- : هذا جواب سؤال يرد على أصل الوكالة ، فإن الصبي والعبد المحجورين إذا توكلا يصح ، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم ، فكيف يتعلق ها هنا بهما التسليم ؟ والتسليم في بدل الصرف وهما وكيلان فيه حتى بطل الصرف بمفارقتها قبل القبض ، فأجاب عنه : أن قبضهما صحيح وإن كان لا يلزمهما الحقوق ، لأن القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن يوجد عند العقد . م: **(بخلاف الرسول)** ش: أي في باب الصرف وفي باب السلم .

وفي بعض النسخ : الرسولين أي الرسول في الصرف والرسول في السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف ، والرسول من الجانبين في السلم ، أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول ، ومعناه : أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه على ما يجيء، وقوله : « بخلاف الرسول »مرتبط بقوله : « فيصح قبضه » ، أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فإنه لا يصح والمعتبر قبض

لأن الرسالة في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح . قال : وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله ،وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل ،لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل ، وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه ، ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل ، فيكون راضيًا بدفعه من ماله ، فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضًا بيده . وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن

المرسل م: (لأن الرسالة في العقد) ش: أي حصل فيه م: (لا في القبض . وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) ش: أي قبض الرسول .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- :م: (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به) ش: أي بالثمن م: (على الموكل) ش:، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول م: (لأنه) ش: أي لأن الشأن م: (انعقدت بينهما) ش: أي بين الوكيل والموكل م: (مبادلة حكمية) ش: أي صار الوكيل كالبائع من المشتري ، والدليل على المبادلة ما أشار إليه بقوله :

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون معنى المبادلة فيه م: (إذا اختلفا) ش: أي الوكيل والموكل م: (في الثمن يتحالفان) ش: والتحالف من خواص المبادلة ، م: (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) ش: هذا أيضاً من كون معنى المبادلة فيه ، حيث يكون للموكل أن يرد المبيع على الوكيل بالشراء بالعيب م: (وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه) ش: أي يرجع الوكيل على الموكل ، يعني لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري ، أي : الذي اشترى له من جهة يرجع عليه ،(ولأن الحقوق)دليل آخر (لما كانت إليه) أي إلى الوكيل م: (وقد علمه الموكل) ش:، أي والحال أن الموكل قد علم كون الحقوق راجعاً إليه ، م: (فيكون) ش: أي الموكل م: (راضياً بدفعه) ش: أي بدفع الثمن م: (من ماله) ش: أي مال الوكيل . فإذا دفع الوكيل بسبب أمر الموكل زياه بالشراء ، كان الموكل راضياً أيضاً برجوع الوكيل بما أدى ، ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

م: (فإن هلك المبيع في يده) ش: أي في يد الوكيل م: (قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده) ش: أي حكماً والهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل ، فلا يبطل الرجوع ، ويقال: لأن المبيع أمانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل ، فليس على الأمين شيء ما لم يحدث مساً ، فلا يضمنه، كما إذا هلكت الوديعة في يد المودع، م: (وله) ش: أي للوكيل م: (أن يحبسه) ش: أي المبيع م: (حتى يستوفي الثمن) ش: سواء دفع الوكيل الثمن إلى البائع أو لم يدفع كذا في «المبسوط »، وقالت الأئمة الثلاثة ليس له حبسه .

لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل .وقال زفر - رحمه الله - : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس . قلنا :هذا مما لا يمكن التحرز عنه ، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه

وقال زفر -رحمه الله- : ليس له حق الحبس ، فإذا حبسه صار غاصباً على ما يجيء الآن .

وعن الشافعي -رحمه الله- في وجه : إذا نقد الثمن له حبسه . وفي «الذخيرة» : لم يذكر محمد -رحمه الله- في شيء من الكتب : أن للوكيل حبس المبيع قبل نقد الثمن ، وحكي عن الإمام الحلواني : أن له ذلك ، وقال الأترازي -رحمه الله- : هذا كلام عجيب من صاحب «الذخيرة» ، وكيف خفي عليه .

وقد صرح محمد -رحمه الله- في «الأصل» في باب الوكالة في الشراء ، فقال: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه ، فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الموكل أن يدفعه ، فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن ، في قول أبي حنيفة -رحمه الله- وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء إلى هنا لفظ محمد -رحمه الله- في الأصل ، وفي «الفتاوى الصغرى» الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسبة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الآمر .

م: (**لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل**) ش: كأنه أشار بهذا إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، والمبادلة هو البيع .

م: (**وقال زفر -رحمه الله- : ليس له ذلك**) ش: أي حق الحبس، م: (**لأن الموكل صار قابضاً بيده**) ش: أي بيد الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل ، فكأنه قبضه حقيقة، م: (**فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس**) ش: ولو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس ، فكذا إذا وقع في يده حكماً .

م: (**قلنا: هذا مما لا يمكن التحرز عنه**) ش: يعني دخول البيع في يد الوكيل على وجه لا يكون ولاية الحبس، لا يمكن التحرز عنه ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ، فلا يسقط حقه في الحبس لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، فلا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه ؛ فإذا كان كذلك م: (**فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف**) ش: يعني لا نسلم أنه صار قابضاً بيده بل قبضه موقوف.

فإذا كان موقوفاً م: (**فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه**) ش: أي ويقع لنفسه أي لنفس الوكيل م: (**عند حبسه**) ش: حاصل الكلام : أن قبضه موقوف للتردد بين أن يكون تتميم مقصود الموكل وبين أن يكون لإحياء حق نفسه ، فإذا حبسه تبين أنه قبضه لإحياء حق نفسه ، فلم يكن الموكل

فإن حبسه فهلك كان مضمونًا ضمان الرهن عند أبي يوسف - رحمه الله - ،وضمان البيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وضمان الغصب عند زفر - رحمه الله - لأنه منع بغير حق . لهما: أنه بمنزلة البائع منه ، فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه . ولأبي يوسف- رحمه الله-: وأنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه ، بخلاف المبيع ، لأن البيع ينفسخ بهلاكه ، وههنا لا ينفسخ أصل العقد .

قابضا حكماً فلا يسقط حقه للضرورة .

م: **(فإن حبسه)** ش: أي فإن حبس الوكيل المبيع م: **(فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف -رحمه الله-)** ش: حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط وإلا رجع بالفضل على الموكل م: **(وضمان البيع عند محمد)**

ش: قلت قيمته أو كثرت ، م: **(وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله-)** ش: ،أي قول محمد -رحمه الله- وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(وضمان الغصب عند زفر -رحمه الله- لأنه منع بغير حق)** ش: ،وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة ، فعند أبي يوسف -رحمه الله- : يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة فتظهر فائدة ضمان الغصب ، في عكس هذا وهو أن يكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة ، يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ، فعند زفر -رحمه الله- : يرجع الموكل على الوكيل بمثله إن كان مثلياً ، وبقيمته بالغة ما بلغت .

وعلى قول محمد -رحمه الله- : لا يتفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلاً ، لأنه يسقط بهلاك المبيع ، فلا يجب شيء أصلاً .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله- : م: **(أنه)** ش: أي أن الوكيل م: **(بمنزلة البائع منه)** ش: أي من الوكيل ، م: **(فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط)** ش: أي الثمن م: **(بهلاكه)** ش: أي بهلاك المبيع .

م: **(ولأبي يوسف -رحمه الله- :أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن)** ش: لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس وصار مضموناً بعد الحبس ، م: **(وهو الرهن بعينه)** ش: يعني بمعنى الرهن لا بمعنى المبيع ، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد ، م: **(بخلاف المبيع)** ش: فإنه ليس كذلك م: **(لأن البيع ينفسخ بهلاكه)** ش: أي بهلاك المبيع م: **(وههنا لا ينفسخ أصل العقد)** ش: بل يبقى بين الوكيل وبائعه ، فلا يكون نظير المبيع ، فأجاب المصنف -رحمه الله- عنه بقوله :

قلنا :ينفسخ في حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به . وقال : وإذا وكله شراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا: يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد - رحمه الله - مع قول أبي حنيفة، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل. لأبي يوسف- رحمه الله-: أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بألفين .

م: (**قلنا: ينفسخ في حق الموكل والوكيل، كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به**) ش: فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل ؛ وقال الأترازي -رحمه الله- : هذه مغالطة على أبي يوسف -رحمه الله-، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بالشراء بعد حبسه عن الموكل لاستيفاء الثمن ، ففي الأول : ينفسخ البيع وفي الثاني : لا ؛ وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى .

وقال الأكمل -رحمه الله- : قيل : وهذه مغالطة على أبي يوسف -رحمه الله- . . . . إلى آخر ما ذكره الأترازي -رحمه الله- ثم قال : وإنه كما ترى فاسد ، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل ، فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر عن جانب أبي يوسف-رحمه الله- غلطاً أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه ، فكان ذكره أحدهما يعني غلطاً أو مغالطة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا وكله شراء عشرة أرطال لحم بدرهم ، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم**) ش: أي إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهمًا قيد به ، لأنه إذا كانت عشرة أرطال منهما تساوي درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع، ذكره في «الذخيرة»، م: (**لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: يلزمه العشرون بدرهم**) ش: إلى هنا لفظ القدوري -رحمه الله- وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**وذكر في بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ «مختصر القدوري» -رحمه الله- م: (**قول محمد -رحمه الله- مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في «الأصل»**) ش: أي في «المبسوط» م: (**لأبي يوسف -رحمه الله- أنه أمره**) ش: أي أن الموكل أمر الوكيل م: (**بصرف الدراهم في اللحم ، وظن أن سعره عشرة أرطال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً ، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بألفين**) ش: جاز هذا فكذا ذاك .

ولأبي حنيفة - رحمه الله -:أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه ، وشراء العشرة على الموكل .بخلاف ما استشهد به ؛لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له .

بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث

م: **(ولأبي حنيفة -رحمه الله-: أنه أمره)** ش: أي أن الموكل أمر الوكيل م: **(بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه)** ش: أي شراء الزيادة على الوكيل م: **(وشراء العشرة على الموكل)** ش: أي وينفذ شراء العشرة التي أمر الوكيل بها على الموكل ، لأنه خالفه فيما أمره به .

فإن قيل : يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك ، لأن العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً ، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، كما إذا قال الرجل : طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً : لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث ، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل ، فلا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له .

فأجاب عنه حميد الدين - رحمه الله- : بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني ، وها هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه ، وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به . فكذا ما في ضمنه

وأما فيما نحن فيه ، فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع ، فلا يتحقق التضمن في الشراء ، فإن قيل يشكل بأن إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً فاشترى له هرويين بعشرة ، كل واحد يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل عند أبي حنيفة -رحمه الله- ذكره في« الذخيرة» ناقلاً عن «المنتقى» .

وأجاب صاحب «النهاية» -رحمه الله- : من هذا يجعل اللحم من ذوات الأمثال ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب ، فإنه من ذوات القيم والثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل، فثبت مجهولاً ، فلا ينفذ عليه ، انتهى .

قلت : هذا لا شيء إلا على قول من جعل اللحم من ذوات الأمثال وهو مختار صاحب «المحيط» -رحمه الله- .

م: **(بخلاف ما استشهد به)** ش: جاوب عن تمثيل أبي يوسف -رحمه الله- المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين ،م: **(لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له)** ش: أي لأن الزيادة عوض ملك الأمر فلا يجوز أن يستحقه الوكيل إلا بإذن الموكل ولا بغير إذنه . ولهذا لو قال: بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يجوز ؛ م: **(بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث**

يصير مشتريًا لنفسه بالإجماع ؛ لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر . قال : ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه ، لأنه يؤدي إلى تغرير الأمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل . فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه ، أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ، أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه . ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول ؛

يصير مشترياً لنفسه بالإجماع) ش: لوجود المخالفة م: (لأن الأمر يتناول السمين) ش: أي اللحم السمين م: (وهذا) ش: أي وهذا الذي اشتراه م: (مهزول فلم يحصل مقصود الأمر) ش: فلا يكون له

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (ولو وكله بشراء شيء بعينه ،فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الأمر حيث اعتمد عليه) ش: وذلك لا يجوز م: (ولأن فيه) ش: أي في شرائه لنفسه م: (عزل نفسه) ش: عن الوكالة م: (فلا يملكه) ش: لأن عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق م: (إلا بمحضر من الموكل) ش: أي إلا بحضور من وكله فلا يغيبه .

قال في «التتمة» : هذا إذا كان الموكل غائبًا ، فإن كان حاضراً وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه لأنه خالف أمر الآمر ، فنفذ الشراء على نفسه بخلاف الوكيل بنكاح امرأة بعينها تزوجها لنفسه بنفسه يصح ، والفرق بينهما أن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت الأمر ، إذ الآمر أمره بنكاح مضاف إليه ، وقد أتى بنكاح مضاف إلى نفسه ، فإن الوكيل بالنكاح يضيفه إلى الموكل ، وفي الشراء مأمور بالشراء مطلقاً لا مضافاً إلى الأمر ، فقد أتى بما دخل تحت الوكالة فيقع لموكله .

م: (فلو كان الثمن مسمى) ش: إلى الآخر ثلاثة أوجه ، ذكر المصنف تفريعاً على مسألة القدوري الأولى هو قوله فلو كان الثمن مسمى يعني وكله بالشراء بثمن مسمى م: (فاشترى بخلاف جنسه) ش: أي بخلاف جنس المسمى ، بأن سمى دراهم فاشترى بخلاف جنسه بدنانير ، الوجه الثاني : هو قوله م: (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) ش: وهي المكيلات والموزونات ، الوجه الثالث هو قوله م: (أو وكل) ش: أي الوكيل وكل م: (وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني) ش: أي فاشترى الوكيل الثاني م: (وهو) ش: وكيل الوكيل م: (غائب) ش: أي والحال أن الوكيل الأول غائب م: (يثبت الملك للوكيل الأول) ش: أي لموكل الوكيل الثاني م: (في هذه الوجوه) ش: الثلاثة المذكورة م: (لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه) ش: أي لأن الوكيل الذي وكل خالف أمر الوكيل الذي وكله بشراء شيء بثمن مسمى . . إلى آخره م: (ولو اشترى الثاني) ش: أي الوكيل الثاني .

م: (بحضرة الوكيل الأول) ش: يثبت الملك للوكيل الأول ، وفي بعض النسخ : ولو اشترى

لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفًا . قال : وإن وكله بشراء عبد بغير عينه ،فاشترى عبدًا فهو للوكيل ، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل . قال - رضي الله عنه - : هذه المسألة على وجوه ، إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً وخلافًا ، وهذا بالإجماع وهو مطلق .وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعًا

الثاني بحضرة الوكيل الأول م: (**نفذ على الموكل الأول ؛لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفـًا**) ش: .فإن قيل : يشكل هذا بما لو أوكل الوكيل بطلاق أو عتاق لآخر ، فطلق الوكيل الثاني وأعتق بحضرة الوكيل الأول ، لا يقع . ذكره في «الذخيرة» و«التتمة» . قلنا : إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر ، لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل ، وجعله بمنزلة المالك ، وتفويض الرأي إلى الوكيل، إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج إلى الرأي، فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازاً عن الرسالة لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور مأموراً ينقل العبارة من الآمر، أما البيع وغيره فيما يحتاج فيه إلى الرأي فيعمل بحقيقة الوكالة ، كذا في «الذخيرة» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل**) ش: هذا كله لفظ القدوري والمصنف -رحمهما الله- .

م: (**قال - رضي الله عنه - : هذه المسألة على وجوه**) ش: أشار إلى الوجه الأول بقوله : م: (**إن أضاف**) ش: أي الوكيل م: (**العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر**) ش: وقال المصنف -رحمه الله- م: (**وهو المراد عندي**) ش: بمعنى أن المراد من قول القدوري عندي وهو قوله : « **أو يشتريه بمال الموكل**» أشار إليه بقوله م: (**أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه**) ش: أي في النقد بعد الشراء مطلقًا م: (**تفصيلاً**) ش: أراد به صورة التكاذب والتوافق ففي التكاذب بحكم النقد اتفاقًا م: (**وخلافًا**) ش: أي في التوافق على عدم النية بحكم النقد عند أبي يوسف وعند محمد-رحمهما الله- هو للوكيل على ما يأتي بيانه مشروحًا م: (**وهذا بالإجماع**) ش: أي الذي ذكره القدوري -رحمه الله-بالاتفاق إذا اشترى بمال الموكل م: (**وهو مطلق**) ش: أي الذي ذكره القدوري مطلق لا تفصيل فيه .

والوجه الثاني : هو قوله : م: (**وإن أضافه إلى دراهم نفسه**) ش: أي نصف الوكيل العقد إلى دراهم لنفسه م: (**كان لنفسه**) ش: يعني يقع العقد له م: (**حملاً لحاله**) ش: أي لحال الوكيل م: (**على ما يحل له شرعًا**) ش: لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعًا للوكيل .

أو يفعله عادة ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غير مستنكر شرعًا وعرفاً ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ،فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه ؛لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل . وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية . قال محمد - رحمه الله -: هو للعاقد ؛ لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبي يوسف - رحمه الله -: يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقًا يحتمل الوجهين ، فيبقى موقوفًا ،

وإذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصبًا لدراهم الآمر ، وهو لا يحل شرعًا م: **(أو يفعله عادة)** ش: عطف على قوله «يحل له» ، يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافًا إلى دراهم فإنه يقع الشراء لصاحب الدراهم، م: **(إذ الشراء)** ش: أي لأن الشراء م: **(لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غير مستنكر شرعًا)** ش: لأن الأصل هو الوفاء عند العهد بالنص م: **(وعرفًا)** ش: لأن الأصل هو الوفاء بالعادة .

والوجه الثالث : هو قوله : م: **(وإن أضافه)** ش: أي العقد م: **(إلى دراهم مطلقة)** ش: يعني من غير إضافة إلى دراهم أحد ففيه تفصيل أشار إليه بقوله : م: **(فإن نواها)** ش: أي فإن نوى نية الشراء م: **(للآمر فهو للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه)** ش: أي فكان لنفسه م: **(لأن له)** ش: أي للوكيل م: **(أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل)** ش: ،أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فيعمل فيه لنفسه أصالة ، ويعمل بغيره وكالة ، لأن المأمور به غير معين ، فكانت نيته معتبرة .

والوجه الرابع : هو قوله : م: **(وإن تكاذبا)** ش: أي الموكل والوكيل م: **(في النية)** ش: بأن قال الموكل : اشتريته لي وقال الوكيل : اشتريته لنفسي م: **(يحكم النقد)** ش: على صيغة المجهول من التحكيم ، فأي من نقد الثمن من ماله فهو له م: **(بالإجماع لأنه)** ش: ،أي لأن تحكيم النقد م: **(دلالة ظاهرة على ما ذكرنا)** ش: أشار به إلى قوله : حملاً لحاله على ما يحل له شرعًا .

والوجه الخامس : هو قوله :

م: **(وإن توافقا)** ش: أي الموكل والوكيل م: **(على أنه)** ش: أي على أن الوكيل م: **(لم تحضره النية)** ش: ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- .

م: **(قال محمد -رحمه الله- :هو للعاقد ؛لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله)** ش: أي جعل العمل م: **(لغيره ولم يثبت)** ش: م: **(وعند أبي يوسف -رحمه الله- يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقًا)** ش: يعني من غير تعيين نية .

م: **(يحتمل الوجهين)** ش: أراد بهما وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل م: **(فيبقى موقوفًا**

فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر . وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه . قال: ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف ، فقال: قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر: اشتريته لنفسك ، فالقول قول الآمر . فإن كان دفع إليه الألف ، فالقول قول المأمور ،

فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأن مع تصادقهما) ش: يعني على أنه لم يحضره النيةم: **(يحتمل النية للآمر)** ش: لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسبه .

م: **(وفيما قلناه)** ش: أي في تحكيم النقد م: **(حمل حاله)** ش: أي حمل حال الوكيل م: **(على الصلاح)** ش: وهو أن لا يكون الوكيل غاصبًا على تقدير النقد من مال الآمر م: **(كما في حالة التكاذب)** ش: بحمله النقد لأجل حال الوكيل على الوكيل على الصلاح .

فإن قلت : كيف قلتم إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع الشراء له وإن أضافه الوكيل إلى دراهم نفسه يقع الشراء له . والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا ، فكانت الإضافة وعدم الإضافة سواء ؟ .

قلت : لا نسلم إنها لا تتعين مطلقًا ، بل تتعين في الوكالات ، وبه صرح المصنف-رحمه الله-في أواخر هذا الفصل في تعليل قول أبي حنيفة -رحمه الله- : وسيجيء بيان تمامه إن شاء الله تعالى ، أو نقول ، لا يريد بتعيينها تعلق الشراء بعينها على وجه يكون هي مستحقة لا محالة ، بل يريد تقييد الوكالة به ، فإذا تعددت الوكالة بها ، حتى إذا هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة وصلحت الإضافة إلى أحدهما معينة لوقوع العقد منه . م: **(والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه)** ش: أي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشراء ، فإن أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر، كان السلم له ، وإن أضافه إلى دراهم لنفسه كان له ، وإن عقده مطلقًا من غير إضافة إلى دراهم أحد ، فإن نوى السلم للموكل كان له وإن نوى لنفسه ، وإن تكاذبا بحكم النقد، وإن توافقا على أنه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد -رحمه الله-وقال أبو يوسف-رحمه الله - : يحكم النقد فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: **(ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف ، فقال: قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر: اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر)** ش: هذا إذا لم يدفع الثمن فالقول له ، وبه قال الشافعي -رحمه الله-في وجه وأحمد -رحمه الله-في رواية ، وقالا في وجه آخر : القول للمأمور .

م: **(فإن كان دفع إليه)** ش: أي إلى الوكيل م: **(الألف فالقول قول المأمور)** ش: بلا خلاف

لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه ، وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر ، والقول للمنكر . وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله، ولو كان العبد حيًا حين اختلفا إن كان الثمن منقودًا ، فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودًا . فكذلك عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ؛لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه ، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - :القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه . فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا لأنه أمين فيه ، فيقبل قوله تبعًا لذلك ، ولا ثمن في يده ههنا . وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي ،

م: (**لأن في الوجه الأول**) ش: وهو الوجه الذي لم يدفع الثمن فيه م: (**أخبر عما لا يملك استئنافه**) ش: أي يقدر على إنشائه ، أي إنشاء العقد ، إذ العبد ميت، ومن أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال لا يكون القول له ، كما لو قال راجعت إن كانت العدة باقية فإنه يصدق لأنه يملك إنشاءه وإلا فلا . كذا ها هنا م: (**وهو الرجوع على الآمر بالثمن**) ش: وإنما لم يقل : وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر فكأنه ذكر السبب وأراد المسبب وهو جائز لأن الرجوع بالثمن مختص بالشراء لأجل الآمر م: (**وهو**) ش: أي الآمر م:(**ينكر والقول للمنكر**) .

م: (**وفي الوجه الثاني**) ش: وهو الذي دفع الثمن فيه م: (**هو**) ش: أي للوكيل م: (**أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله**) ش: لأنه أمين م: (**ولو كان العبد حيًا حين اختلفا**) ش: فقال للمأمور اشتريته لك ، وقال الآمر اشتريته لنفسك م: (**إن كان الثمن منقودًا فالقول للمأمور لأنه أمين**) ش: وأخبر عما يملك إنشاؤه للحال م: (**وإن لم يكن**) ش: أي الثمن م: (**منقودًا فكذلك**) ش: القول لمأمور م: (**عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه**).

م: (**وعن أبي حنيفة -رحمه الله-: القول للآمر لأنه موضع تهمة**) ش: لأنه ربما اشتراه لنفسه ووجد به عيبًا أو لم يعبه ، فلما لم يوافقه أراد أن يلزمه الآمر لخسارة الصفقة ومثله متعارف بين الوكلاء ، فلا يقبل قوله لهذه التهمة ، وهذا حاصل معنى قوله م: (**بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر**) ش: أي ألزم الصفقة الآمر .

م: (**بخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعًا لذلك**) ش: أي يقبل قول الوكيل : اشتريت لك عبدًا ومات عندي تبعًا لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة التي هي الألف المنقودة م: (**ولا ثمن في يده ههنا**) ش: أي إذا كان العبد حيًا والثمن غير منقود فلم يوجد المتبوع وهو كون الوكيل أمينًا ، فلا يوجد البيع وهو قبول قوله بطريق التبعية لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة ، فكذلك لا يقبل قوله ها هنا . م: (**وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا**) ش: بأن قال الآمر : اشتريته لنفسك، وقال المأمور : بل اشتريته لك م: (**والعبد حي**) ش: أي والحال أن العبد

فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع ؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر . بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة - رحمه الله - . ومن قال لآخر: بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال : أنا أمرته بذلك ، فإن فلانًا يأخذه ، لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه ، فلا ينفعه الإنكار اللاحق ، فإن قال : فلان لم آمره لم يكن ذلك له لأن الإقرار يرتد برده .

حي م: (**فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود،وهذا بالإجماع؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه**) ش: على قولهما م: (**ولا تهمة فيه**) ش: على قول أبي حنيفة -رحمه الله- هكذا قاله بعض الشارحين .

وقال الأترازي -رحمه الله- : هذا بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة-رحمه الله-لا قوله ولا تهمة فيه بعد، انتهى .

قلت :لا بعد فيه لأن المسألة متفقة مع اختلاف التخريج .

وقال الكاكي -رحمه الله-ويمكن أن يقع قوله لا يملك استئنافه قول الكل م: (**لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته**) ش: أي في حال غيبة الموكل قيد به إذ في حال حضرة الموكل يملك م: (**على ما مر**) ش: أشار به إلى ما ذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه .

م: (**بخلاف غير المعين**) ش: أي بخلاف ما إذا كان العبد غير معين م: (**على ما ذكرناه لأبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أشار به إلى دليل أبي حنيفة -رحمه الله-قبل خطوط وهو قوله لأنه موضع التهمة .

م: (**ومن قال لآخر: بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال: أنا أمرته بذلك ، فإن فلانًا يأخذه**) ش: هذا من مسائل «الجامع الصغير» قوله : لفلان ، أي لأجل فلان ، يعني أن فلانًا أمرني أن أشتري هذا العبد لأجله ، فباعه صاحب العبد ثم أنكر المقر أمر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلانًا أمرني بل اشتريته لنفسي ، ينعقد البيع للحال قوله ، فإن فلانًا يأخذه يعني له ولاية أخذه م: (**لأن قوله السابق**) ش: أي قول المشتري السابق وهو معنى قوله : هذا العبد م: (**إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق**) ش: بعد ذلك لأنه مناقض ، ولا قول للمناقض .

م: (**فإن قال: فلان لم آمره لم يكن ذلك له**) ش: أي لفلان على العبد سبيل م: (**لأن الإقرار**) ش: أي لأن إقرار المقر م: (**يرتد برده**) ش: أي برد المقر له ، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه

قال : إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعًا عنه ، وعليه العهدة لأنه صار مشتريًا بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي ، وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب .

لأنه عاد حين انتفى الإقرار ، فلم يصح له تصديقه ولزم الشراء للمشتري .

م: (**قال** :) ش: فالظاهر أن قائله محمد -رحمه الله- ، لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» م: (**إلا أن يسلمه المشتري له**) ش: استثناءًا من قوله : لم يكن له ، أي لم يكن له إلا في صورة التسليم إليه ، وإنما ذكر صورة التسليم إليه ، لأن فلانًا لو قال أمرت بعد قوله لم آمره ، لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري ، وقوله إلا أن يسلمه المشتري ، روى المشتري بكسر الراء وفتحها ، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلاً وقوله له أي لأجله ، ويكون المفعول الثاني محذوفًا وهو إليه ، أي إلا أن يسلمه الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه ، وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانيًا بدون حرف الجر وهو فلان ، والفاعل مضمر ، أي ألا يسلم الفضولي العبد إلى المشتري له وهو فلان م: (**فيكون بيعًا عنه**) ش: مبتدأ م: (**وعليه العهدة**) ش: أي على فلان الآمر العهدة ، أي عهدة الأخذ بتسليم الثمن .

وقال الأترازي -رحمه الله- : يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، كانت العهدة للأخذ على المشتري كذا فسره فخر الدين قاضي خان ، وفخر الإسلام البزدوي-رحمه الله-وهو المفهوم من كلام محمد -رحمه الله- .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الآخذ م: (**صار مشتريًا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه**) ش: أي لزم المشتري م: (**ثم سلمه المشتري له**) ش: بفتح الراء .

قال تاج الشريعة : يكون المشتري له عبارة له بحق الموكل ، يعني يسلم المشتري العبد إلى الموكل م: (**ودلت المسألة**) ش: ، أي المسألة المذكورة م: (**على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن**) .

ش: قال فخر الإسلام -رحمه الله- ، وغيره في شروح «الجامع الصغير » : ثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء ، فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وإن كان أخذاً بلا إعطاء كعادة الناس .

م: (**وهو يتحقق**) ش: أي البيع بالتعاطي م: (**في النفيس والخسيس**) ش: يعني من خسيس الأشياء ونفيسها م: (**لاستتمام التراضي وهو المعتبر**) ش: أي التراضي هو المعتبر م: (**في الباب**) ش: أي في باب البيع ، ولما وجد التراضي انعقد البيع في النفيس والخسيس خلافً لما يقوله الكرخي

قال :ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسمٍّ لهما ثمنًا ، فاشترى له أحدهما جاز ، لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه ، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع . ولو أمره بأن يشتريهما بالألف وقيمتهما سواء. فعند أبي حنيفة - رحمه الله - إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز فإن اشترى بأكثر يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء ، فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان أمرًا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ، ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر ، قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانًا ، لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والصريح يفوقها .

-رحمه الله- أن بيع التعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- له في «الجامع الصغير» م: (**ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما ثمنًا فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه**) ش: يعني عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين م: (**وقد لا يتفق الجمع بينهما**) ش: أي بين العبدين م: (**في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه**) ش: فإنه لا يجوز م: (**لأنه توكيل بالشراء**) ش: وهو لا يحتمل الغبن الفاحش م: (**وهذا كله بالإجماع**) ش: بين الأصحاب وهو احتراز عما إذا وكل بالبيع .

م: (**ولو أمره بان يشتريهما بألف وقيمتهما سواء ، فعند أبي حنيفة -رحمه الله- إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز ، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه**) ش: أي لأن الآمر م: (**قابل الألف بهما وقيمتهما سواء**) ش: أي والحال أن قيمة العبدين سواء، م: (**فيقسم بينهما نصفين دلالة**) ش: أي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم الصريح ، وعند وجوده يعمل به لقوته م: (**فكان أمرًا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها**) ش: أي بخمسمائة م: (**موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر**) ش: أي مخالفة إلى شر سواء .

م: (**قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما**) ش: أي قبل الاختصام لثبوت المخالفة م: (**استحسانًا**) ش: قيد به إذ في القياس لا ينفذ على الآمر لأنه صار مخالفًا ، والشراء فيما لا يتوقف فينفذ عليه وهو قياس الأئمة الثلاثة-رحمهم الله- وجه الاستحسان هو قوله ، م: (**لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به**) ش: أي غرض الآمر الذي صرح به م: (**وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والصريح يفوقها**) ش: أي يفوق الدلالة ، حاصل المعنى الانقسام بالسوية كان ثابتًا بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة .

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز ، لأن التوكيل مطلق ، لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر . قال : ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز ، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عيَّن البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال:وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه ، فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري ، وإن قبضه الآمر فهو له . وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه.

م: (وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-:إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه ، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز ؛ لأن التوكيل مطلق) ش: يعني غير مقيد بخمسمائة م: (لكنه يتقيد بالمتعارف) ش: وهو فيما يتغابن الناس فيه م: (وهو فيما قلنا) ش: أي المتعارف فيما يتغابن الناس فيه م: (ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر) ش: وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله-في «شرح الجامع الصغير » : احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها ، لأن أبا حنيفة -رحمه الله-إنما قال : لم يجز شراؤه على الآمر إذا أراد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها ، وأبو يوسف ومحمد - رحمهما الله- قالا في الذي يتغابن الناس في مثله : إنه لا يلزم الآمر ، فإذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف واحتمل أن في المسألة اختلاف في قول أبي حنيفة -رحمه الله- : إذا زاد على خمسمائة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الآمر ، وفي قولهما : يجوز إذا كانت الزيادة قليلة .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» م: (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز ؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى) ش: إشارة إلى ما ذكره لقوله بعد عشرة خطوطًا . وبخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه بالقبض ،م: (قال: وإن أمره أن يشتري بها) ش: أي بالألف التي على الآخر م: (عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-) .

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (هو) ش: أي العبد م: (لازم للآمر) ش: في الوجهين وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: م: (إذا قبضه المأمور) ش: أي الوكيل م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى هذا الخلاف م: (إذا أمره) ش: أي إذا أمر من عليه الدين م: (أن يسلم ما عليه) ش: أي يعقد عقد السلم م: (أو يصرف ما عليه) ش: أي أو يعقد عقد العرف من غير تعيين من يسلم إليه أو من يعقد عقد الصرف بأن قال : أسلم أو أصرف مالي عليك في كذا

لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينًا كانت أو عينًا ، ألا ترى أنه لو تبايعا عينًا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد ، فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء ، فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده . ولأبي حنيفة-رحمه الله -: أنها تتعين في الوكالات . ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ، ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه

كان على الاختلاف وإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد- رحمهما الله- م: (**أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينًا كانت أو عينًا**) ش: يعني لا يكون في الذمة ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أنه لو تبايعا عينًا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد**) ش: ووجب مثل ذلك الدين فإذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد والإطلاق سواء، وهو معنى قوله :م: (**فصار الإطلاق**) ش: بأن قال : بألف ولم يضفه إلى ما عليه م: (**والتقييد**) ش: بأن أضافه إلى ما عليه م: (**فيه**) ش: أي في عقد تبائع العين بالدين م: (**سواء**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده**) ش: فصار كما لو قال : تصدق بمالي عليك على المساكين ، فإنه يجوز وكذا لو آجر حمارًا أو دابة أو أمر المستأجر بالمرمة من الأجرة أوي شتري بالأجرة عبدًا يسوق الدابة وينفق عليهما فصار هذا كما لو كان البائع أو المبيع متعينًا .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - أنها**) ش: أي أن الدراهم والدنانير م: (**تتعين في الوكالة**) ش: قال شيخ الإسلام: تتعين بعد القبض أما قبل القبض لا تتعين بلا خلاف، ذكره محمد -رحمه الله-في «الزيادات» ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها**) ش: أي بالدراهم والدنانير م: (**أو بالدين منها ثم استهلك**) ش: أي الآمر أو الوكيل م: (**العين أو أسقط الدين**) ش: أي الموكل أسقط الدين بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل بشراء العبد به م: (**بطلت الوكالة**) ش: ألا ترى أن الناطفي -رحمه الله-نقل في «الأجناس» عن «الأصل» : الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعامًا فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل، ثم قال الناطفي-رحمه الله- : هذه المسألة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة .

م: (**فإذا تعينت**) ش: أي الدراهم والدنانير في الوكالات هو من تتمة الدليل أنها تتعين في الوكالات ، وإذا تعينت م: (**كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه**)

وذلك لا يجوز ،كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ،أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله، وذلك باطل كما إذا قال: أعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما إذا عيَّن البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم . وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيًا .

ش: وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم، م: **(وذلك لا يجوز)** ش: أي تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز م: **(كما إذا اشترى بدين على غير المشتري)** ش: بأن كان لزيد على عمرو مثلاً دين فاشترى زيد من آخر شيئًا بذلك الدين الذي له على عمرو، فإنه لا يجوز م: **(أو يكون أمرًا)** ش: عطف على قوله : لأن هذا تمليك الدين من عليه الدين، أي أو أن يكون آمراً م: **(بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله)** ش: أي أو يكون أمراً يصرف أي يدفع ما لا يملكه إلا بالقبض قبل القبض، وذلك لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان ما أدى الديون إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المديون ولا يملك الدائن قبل القبض م: **(وذلك باطل)** ش: أي الأمر بدفع ما ليس يملكه باطل، وصار هذا م: **(كما إذا قال : أعط مالي عليك من شئت)** ش: فإنه باطل لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه .

م: **(بخلاف ما إذا عين البائع)** ش: أي بخلاف ما إذا عين الموكل عين البائع م: **(لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض)** ش: تصحيحًا لتصرفه بقدر الإمكان، م: **(ثم يتملكه)** ش: أي ثم يتملكه البائع واعترض بأنه لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغي أنه يجوز بجعله وكيلاً بالقبض أولاً لكونه معينًا ، وأجيب : بأن عدم الجواز ها هنا لكونه بيعًا بشرط وهو أداء الثمن على الغير .

م: **(وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق)** ش: هذا جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق م: **(لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم)** ش: لأنه إخراج المال إلى الله تعالى وهو معلوم، م: **(وإذا لم يصح التوكيل)** ش: وهذا رجوع إلى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح م: **(نفذ الشراء على المأمور)** ش: فإذا هلك عنده م: **(فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيًا)** ش: أي من حيث التعاطي يعني إذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، فإن هلك عنده كان من ماله فائدة الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات . وفسوخها عندنا خلافًا لزفر والشافعي -رحمهما الله- كما لا يتعينان إذا كانتا عينًا لا يتعينان إذا كانتا دينًا ، ولهذا إذا اشترى شيئًا بدين له على البائع ثم تصادقا على أنه لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين، وذكر في «الزيادات» : أن الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم .

قال : ومن دفع إلى آخر ألفًا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها ، فقال الآمر: اشتريتها بخمسمائة ، وقال المأمور: اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده إذا كانت تساوي ألفًا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفًا فيضمن . قال : وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر . أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة . وإن كانت قيمتها ألفًا فمعناه

وقال الشيخ أبو المعين النسفي -رحمه الله- في «شرح الجامع الكبير» : اختلف مشايخنا -رحمهم الله- في الدراهم والدنانير أنهما عند الإشارة إليهما هل يتعينان في العقود أم لا؟ قاله أبو طاهر الدباس -رحمه الله- : إنهما لا يتعينان ، وحكاه عن القاضي أبي حازم -رحمه الله- ، وهو قول أكثر مشايخ بلخ ، ونسبه الشيخ أبو سهل الشرعي -رحمه الله- إلى عامة المشايخ -رحمهم الله- .

وقال الكرخي -رحمه الله- : إذا أشار إليه لتعينت ، ولكن مع هذا للمشتري أن يمنعها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينهما وبين غيرها ، وفسر الشيخ أبو المعين -رحمه الله- قول الكرخي -رحمه الله- : بأنهما يتعينان في العقود ، جوازًا لا وجوبًا ، ثم قال : وعن أصحابنا روايتان في الدراهم والدنانير هل يتعينان في العقود الفاسدة والمختار : عدم التعيين .

ثم اعلم أن عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير ، فإنهما يتعينان جنسًا وقدرًا ووصفًا ، بالاتفاق ، وبه صرح الإمام العتابي -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» : م: (**ومن دفع إلى آخر ألفًا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها ، فقال الآمر :اشتريتها بخمسمائة ، وقال المأمور اشتريتها بألف ، فالقول قول المأمور**) ش: إلى ها هنا لفظ «الجامع الصغير» وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**ومراده**) ش: أي مراد محمد -رحمه الله-م: (**إذا كانت**) ش: أي الجارية م: (**تساوي ألفًا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر**) ش: فالقول قوله أي قول المنكر مع يمينه م: (**فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفًا فيضمن**) .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- : م: (**وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر؛ أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة**) ش: لأنه أمره أن يشتري جارية تساوي ألفًا وقد خالف إلى شراء فيلزم المأمور م: (**وإن كانت قيمتها ألفًا فمعناه**) ش: أي فمعنى قول محمد -رحمه الله- : إن

أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد والذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور . قال : ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنًا ، فاشتراه فقال الآمر :اشتريته بخمسمائة ، وقال المأمور:بألف وصدق البائع المأمور ، فالقول قول المأمور مع يمينه قيل: لا تحالف ههنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى وهو غائب ، فاعتبر الاختلاف . وقيل يتحالفان لما ذكرنا، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع ، والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل ، إذ لم يجر بينهما

الجارية للمأمور م: (**أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا**) ش: أي في هذا الفصل م: (**ينزلان منزلة البائع والمشتري ، وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور**) ش: لأن بعد التحالف ينفسخ العقد التقديري الذي جرى بين الآمر والمأمور .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-م: (**ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنًا فاشتراه فقال الآمر: اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور**) ش: أي صدق بائع العبد الوكيل فيما قاله ، م: (**فالقول قول المأمور مع يمينه**) ش: ، وبه قالت الأئمة الثلاثة-رحمهم الله- .

م: (**قيل: لا تحالف ههنا**) ش: وهو قول أبي جعفر الهنداوني -رحمه الله- ،م: (**لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر**) ش: يعني يجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء عقد ، ولو أنشأ العقد يلزم الجارية للآمر فكذا هنا م: (**وفي المسألة الأولى**) ش: وهي للتي سبقت الآن م: (**وهو**) ش: أي البائع م: (**غائب، فاعتبر الاختلاف**) ش: الذي كان بين الآمر والمأمور ووجب التحالف ، وها هنا البائع الحاضر .

م: (**وقيل: يتحالفان**) ش: وهو قول أبي منصور الماتريدي -رحمه الله- م: (**لما ذكرنا**) ش: أشار به إلى قوله : لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري، م: (**وقد ذكر**) ش: أي محمد -رحمه الله-هذا جواب عمال يقال المذكور فيه ،فالقول قول المأمور مع يمينه ، فالتحالف يخالفه .

أجاب بقوله : وقد ذكر محمد -رحمه الله-في« الأصل» : م: (**معظم يمين التحالف وهو يمين البائع**) ش: لأن البائع هو الوكيل جعله معظم يمين التحالف لأن يمين البائع مخصوص بصورة التحالف وليس المشتري كذلك لأنه يجب عليه اليمين بكل حال لكونه منكرًا .

م: (**والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي**) ش: هذا جواب عن قول أبي جعفر -رحمه الله - أنه ارتفع الخلاف بتصادقهما، وتقرير الجواب : أن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي م: (**عنهما**) ش: أي عن الوكيل والموكل م: (**وقبله**) ش: أي وقبل استيفاء الثمن م: (**أجنبي عن الموكل، إذ لم يجر بينهما**

بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر والله أعلم بالصواب.

بيع فلا يصدق عليه) ش: أي الوكيل م: (**فبقي الخلاف**) ش: أي بين الآمر والمأمور والتخالف، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**وهذا قول الإمام أبي منصور وهو**) ش: أي قول الإمام أبي منصور -رحمه الله- : م: (**أظهر**) ش: أي أصح ، وفي «جامع قاضي خان» -رحمه النه- : قول أبي جعفر أصح .

وفي «الكافي» : هو الصحيح ؛ وقال الإمام المحبوبي -رحمه الله- : في «جامعه» بعد هذا : إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وإن اختلفا فقال الوكيل : أمرتني بالشراء بالألف ، وقال الآمر : بخمسمائة ، فالقول للآمر ، وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- فيلزم العبد الوكيل دون الآمر لأن الآمر يستفاد من جهته ، فكان القول له ، ولو أقام البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات ، م: (**والله أعلم بالصواب**) .

* * *

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال : وإذا قال العبد لرجل :اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى: اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه ، إذ لا يرجع عليه

م: (فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التوكيلي بشراء نفس العبد ، والمصنف-رحمه الله-ذكر في هذا الفصل مسألتين :

أولهما : توكيل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه ، والثانية : أن يوكل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه . فالعبد في الأولى موكل ، والثانية وكيل .

وتحل الترجمة على طبق الوجهين ، لمقتضى أن الألف واللام في التوكيل بدلاً من المضاف إليه ، فالتقدير في الوجه الأول: فصل في التوكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه ، وفي الوجه الثاني: فصل في توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه ، وعلى التقديرين المصدر مضاف إلى فاعله في الوجهين ، ولكنه يختلف أيضًا ، ففي الأول المفعول هو الرجل ، وفي الثاني هو العبد، والأكمل -رحمه الله-سعى هنا حيث جعل المصدر مضافًا إلى الفاعل والمفعول وليس كذلك والوجه ما قلناه .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم ودفعها إليه**) ش:، أي دفع العبد الألف إلى الرجل الذي وكله م: (**فإن قال الرجل**) ش: أي الوكيل م: (**للمولى: اشتريته**) ش: أي العبد م: (**لنفسه**) ش: أي لنفس العبد م: (**فباعه على هذا**) ش: ي على هذا الوجه م: (**فهو حر**) ش: أي العبد يصير حرًا م: (**والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه**) ش: أي من العبد م: (**إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل**) ش: لأن العبد لا يملك ، وإن ملك لأنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الإعتاق إذ البيع إزالة ملك بعوض ، والإعتاق إزالة لا إلى أحد ، فجاز أن يستعار منه ؛ كذا قاله تاج الشريعة -رحمه الله- .

حاصل الكلام: ما قاله المصنف -رحمه الله- : إن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال ، والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك بأن شراء العبد لنفسه قبول منه للمعتق ببدل .

م: (**والمأمور سفير عنه**) ش: أي عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله م: (**إذ لا يرجع عليه**

الحقوق ، فصار كأنه اشترى بنفسه . وإذا كان إعتاقًا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنًا للعبد ،فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هنالك

الحقوق) ش: هذا تعليل لقوله : سفير عنه ، أي لأن حقوق العبد لا ترجع إليه كما إذا كان كذلك م: (**فصار كأنه**) ش: أي كأن العبدم: (**اشترى بنفسه**) ش: من نفسه .

م: (**وإذا كان إعتاقًا أعقب الولاء**) ش: لأن الولاء للمعتق م: (**وإن لم يعين للمولى**) ش: أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد م: (**فهو عبد للمشتري**) ش: أي يكون العبد للمشتري م: (**لأن اللفظ**) ش: أي قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع م: (**حقيقة للمعاوضة**) ش: لأن المولى قال بعت هذا العبد بألف ، وقال الوكيل اشتريت وليس بحقيقة للإعتاق م: (**وأمكن العمل بها**) ش: أي بحقيقة اللفظ م: (**إذا لم يعين**) ش: أي إذا لم يقل : اشتريت عبدك لأجل عبدك ، م: (**فيحافظ عليها**) ش: أي على المعاوضة .

م: (**بخلاف شراء العبد نفسه**) ش: حيث يجعل الإعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة فإنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازًا عن الإعتاق، وهو معنى قوله : م: (**لأن المجاز فيه متعين**) ش: والمجاز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض على آخر ، والإعتاق يزيل لا إلى آخر، وقد مر الكلام فيه .

م: (**وإذا كان معاوضة يثبت الملك له**) ش: أي المشتري م: (**والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله**) ش: أي مثل ذلك الألف حال كونه م: (**ثمنًا للعبد**) ش: وقال الكاكي -رحمه الله- : ثمنًا نص على التمييز ، قلت : الأوجه أنه يكون حالاً بتأول تثمينًا م: (**فإنه**) ش: أي فإن الثمن م: (**في ذمته**) ش: أي في ذمة المشتري م: (**حيث لم يصح الأداء**) ش: المشتري هو المأمور.

قال في « النهاية » : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد حتى يعتق هل يجب على العبد ألف أخرى . قال الإمام قاضي خان -رحمه الله- : لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه ألف أخرى ، لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه .

م: (**بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره**) ش: أي من غير العبد بأن وكل أجنبي أجنبيًا آخر بشراء العبد من مولاه م: (**حيث لا يشترط بيانه**) ش: بأن يقول وقت الشراء : اشتريته لموكل لوقوع الشراء للموكل م: (**لأن العقدين**) ش: يعني الذي يقع له والذي للموكل م: (**هنالك**) ش: أي في

على نمط واحد ، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقـد . أما ههنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكـيل والمولى عساه لا يرضـاه ويرغب في المعاوضة المحـضة فلابد من البـيان . ومن قال لعبد : اشتر لي نفسك من مولاك ، فقال لمولاه: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه ؛ لأنه

حق البائع م: (على نمط واحد) ش: أي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط والنوع والطريقة أيضًا م: (**وفي الحالين**) ش: أي في حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله م: (**المطالبة تتوجه نحو العاقد**) ش: فلا يحتاج إلى البيان م: (**أما ههنا**) ش: أي في صورة توكيل العبد بشراء نفسه م: (**فأحدهما**) ش: وفي بعض النسخ : أما ها هنا فأحدهما بدون لفظة فإن أي أحد الحالين م: (**إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل**) ش: لأنه سفير .

هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق : أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل ، وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب «الوكالة» : أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا ذكر في وكالة الجامع : ولو بين للمولى أنه يشتريه لنفسه لكن أضاف الشراء لنفسه ، ذكر محمد -رحمه الله-في كتاب الوكالة : أن العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل، وذكرفي «الجامع الكبير» : وجب الثمن على الوكيل ويرجع به على العبد . وعن عيسى ابن أبان -رحمه الله- : الصحيح أن الثمن على العبد .

م: (**والمولى عساه لا يرضاه**) ش: أي الإعتاق لأنه لو أعتق والمولى لا يعلم به يلزمه الضرر ولا يرضى به ، لأن ولاءه يكون له ، فهو موجب جنايته يكون أيضًا عليه بحكم الولاء ، فتعذر تنفيذه على المولى وأمكن تنفيذه على الوكيل والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الموكل م: (**ويرغب**) ش: أي المولى عساه يرغب م: (**في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان**) ش: قوله عساه لا يرضاه، حق الكلام أن يقال: عساه وأن لا يرضاه، لأن قوله: لا يرضاه في محل النصب، يعني ولكنه شبه عسى بكاد ، فاستعمل استعماله وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» : م: (**ومن قال لعبد : اشتر لي نفسك من مولاك**) ش: هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين شملتا هذا الفصل م: (**فقال**) ش: أي العبد م: (**لمولاه: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل**) ش: أي المولى م: (**فهو**) ش: أي العقد والعبد م: (**للآمر لأن العبد يصلح أن يكون وكيلاً عن غيره في شراء نفسه**) ش:، وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول ومالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- .

وقال الشافعي -رحمه الله- في قول: لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل م: (**لأنه**) ش: أي

أجنبي عن ماليته ، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده ،حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً ، فيقع العقد للآمر .وإن عقد لنفسه فهو حر ، لأنه إعتاق ،وقد رضي به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل .

لأن العبد م: (**أجنبي عن ماليته**) ش: لأنها لمولاه ، ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصلح م: (**والبيع يرد عليه**) ش: أي على العبد م: (**من حيث إنه مال**) ش: فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه م: (**إلا أن ماليته في يده**) ش: استثناء عن قوله لأنه أجنبي عن ماليته لأنها لمولاه إلا أنها بيده م: (**حتى لا يملك البائع**) ش: وهو المولى م: (**الحبس بعد البيع**) ش: لاستيفاء الثمن لأن ماليته في يده لكونه مأذونًا له كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه م: (**لاستيفاء الثمن فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله**) ش: أي فعل العبد نتيجة الدليل .

وتقريره العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله م: (**امتثالاً**) ش: فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً م: (**فيقع العقد للآمر**) ش: قياسًا على حر توكل بشيء وفعله ، وقوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت .

وهو يخالف ما ذكر في «الجامع» ، فإن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك إذ وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد : بعني نفسي من فلان فقال : بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي ، فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه ، فيتم بقول المولى بعت مسبوقًا بقول العبد بعني نفسي .

فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن الطالب بالثمن؟ . أجيب: بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد ، فإن قلت قد يكون محجوراً عليه ومثله لا يرجع إليه الحقوق ؟ ، وأجيب : بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فإن المباشرة تستدعي به تصور صحة المباشرة ، وهو إذن .

م: (**وإن عقد لنفسه فهو حر**) ش: يعني إذا قال : بعني نفسي مني فقال : المولى بعت ، فهو حر م: (**لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة**) ش: لأنه علم أن البيع منه إعتاق م: (**والعبد وإن كان وكيلاً**) ش: هذا جواب إشكال وهو أن يقال : ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه لأنه وكيل بشراء معين لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه ، فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك فأجاب بقوله : والعبد وإن كان وكيلاً م: (**بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر**) ش: وهو الإعتاق على مال فكان مخالفًا ، م: (**وفي مثله ينفذ الشراء على الوكيل**) ش: والوكيل إذا خالف نفذ الشراء على

وكذا لو قال: بعني نفسي ، ولم يقل لـفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين ، فـلا يقع امتثالاً بالشك ، فيبقى التصرف واقعًا لنفسه .

الوكيل .

م: (**وكذا لو قال :بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق**) ش: وهو قوله « بعني نفسي »

م: (**يحتمل الوجهين**) ش: أي يحتمل أن يكون مشتريًا بنفسه لنفسه ويحتمل أن يكون مشتريًا لغيره

م: (**فلا يقع امتثـالاً بالشك فيبقى التصرف واقـعًا لنفسه**) ش: لأن الظاهر أن الإنسان يتصرف لأجل نفسه لا سيما تصرفًا يحصل منه الإعتاق .

وقال الأكمل -رحمه الله- : وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة بالنية .

وأجيب : بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز ، وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه ، فإن الحقيقة بالنسبة إليه غير مقصودة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله : وقد رضي المولى به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله : لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحًا ، لأنا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ ، وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه ، وهي خارجة عن مفهوم اللفظ .

* * *

فصل في البيع

قال : والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه ،

م: (**فصل في البيع**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام التوكيل بالبيع ولما فرغ عن بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان التوكيل بالبيع ، وأخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لأنه يتضمن الإزالة وذلك يتضمن الإثبات وهو مقدم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-م: (**والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له**) ش: مثل ابنه وأخيه م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول ومالك وأحمد -رحمهما الله-في وجه .

م: (**وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة**) ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يجوز بيعه من الأقارب الذين لا تقبل شهادته لهم بمثل القيمة ، إشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة ، ولكن ذكر في « الذخيرة» أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بمثل القيمة .

وقال فيها : لو باع ممن لا تقبل شهادته له بأكثر من القيمة يجوز بيعه بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف، وفي الغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده ، وبمثل القيمة عند أبي حنيفة -رحمه الله-روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وبيعه منهم بأكثر من القيمة وشراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبمثل القيمة يجوز عندهما ، وكذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-باتفاق الروايات .

م: (**إلا من عبده أو مكاتبه**) ش: فإنه لا يجوز عندهما أيضاً لأن البيع من هؤلاء كالبيع من نفسه فلا يجوز وقيد في« المبسوط» بقوله : إلا من عبده الذي لا دين عليه لأن كسبه لمولاه فيبيعه منه كبيعه من نفسه ، فكان فيه إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز في تعميم المشيئة ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيعه من نفسه عندنا والشافعي -رحمه الله- وأحمد - رحمه الله- في ظاهر مذهبه . وعن أحمد -رحمه الله-في رواية : يجوز ، وبه قال مالك والأوزاعي -رحمهما الله- : إذا لم يخاف لعدم التهمة ، قلنا : لو جاز يؤدي إلى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزيداً ومستنقصًا أيضًا ومخاصمًا في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى.

لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متبـاينة ،والمنافع منقطعة بخلاف العبد ؛ لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز . وله : أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة ، فصار بيعًا من نفسه من وجه

وفي «المبسوط» : المراد من عدم الجواز في البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة -رحمه الله-في مطلق ،الوكالة ؛ أما لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة بأن قال: بع لمن شئت يجوز البيع من هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز فإن قيل يشكل على قول أبي حنيفة -رحمه الله-بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة حيث يجوز سهوًا ظهر الربح أم لا ، والمضارب قبل ظهور الربح وكيل . قلنا : قال بعض مشايخنا -رحمهم الله- عدم الجواز عنده مطلقًا على ما إذا باعه بالغبن ، أما البيع بمثل القيمة فجائز في المضاربة من هؤلاء .

م: (**لأن التوكيل مطلق**) ش: أى عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل بإطلاقه م: (**ولا تهمة**) ش: أى في البيع بمثل القيمة هذا نفي التهمة من حيث المالية وقوله م: (**إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة**) ش: ففي التهمة إيثار الغبن ، فكان هذا جواب عن قول أبي حنيفة-رحمه الله- : إن في البيع بمثل القيمة تهمة إيثار الغبن ، فلما كانت المنافع منقطعة لم يكن الوكيل مبيعًا بذلك الغبن فلا يورث التهمة ، والدليل على تباين الأملاك حل وطء الابن جاريته ، ولا يحل وطء جارية أبيه لتباين ملك أبيه عن ملكه وتباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع .

م: (**بخلاف العبد**) ش: فإنه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه م: (**لأنه بيع من نفسه**) ش: أي لأن بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه م: (**لأن ما في يد العبد حق المولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب**) ش: حتى لا تصلح تبرعاته ولا تزويج عبده م: (**فينقلب**) ش: أي حق المولى م: (**حقيقة**) ش: أي ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك م: (**بالعجز**) ش: أي بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة لأن المولى يملك حينئذ جميع المال في يده .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- : م: (**أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات**) ش: لأن الوكالة شرعت للأمانة ، فيكون الوضع موضع الأمانة فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضوعه بالنقض **وهذا موضع التهمة**) ش: التهمة مأخوذة من وهم بالفتح ، أي ذهب يعني يذهب الوهم أنه إنما يختار هذا النفع لنفسه فيكون عاملاً لنفسه والوكيل يعمل بغيره م: (**بدليل عدم قبول الشهادة**) ش: فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال آخر م: (**ولأن المنافع بينهم متصلة فصار**) ش: أي بيع الوكيل من هؤلاء م: (**بيعًا من نفسه من وجه**) ش: وصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه ، وفي البيع إخراج وإدخال من الجانبين ، وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا يجوز .

والإجارة والصرف على هذا الخلاف . قال :والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ،ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ؛لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ،ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد

م: (**والإجارة والصرف على هذا الخلاف**) ش: أي الوكالة بالإجارة والصرف على الخلاف المذكور ، وإنما خصها بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها البيع ، وكان يجب أن لا يجوز مع هؤلاء ، فبين أنهما على الاختلاف أيضًا ، وفي «الكافي» : ولو اشترى من هؤلاء عينًا بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده ، خلافًا لهما بناءً على هذا الأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: ليست هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيع بما عز وهان وبأي من كان وإلى أجل كان متعارفًا وغير متعارف .

م: (**وقالا : لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه**) ش: أي قاله أبو يوسف ومحمد-رحمهما الله - ، لا يجوز الغبن الفاحش ويجوز الغبن اليسير م: (**ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير**) ش: أي لا يجوز بغير النقود .

وقال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- : يجوز بثمن المثل وبنقد البلد ، فإن كانت النقود مختلفة بعقير الأغلب ولا يبيع إلا حالاً ، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل ، وفي «الذخيرة» : إذا باع بأجل متعارف فيما بين الناس في تلك الساعة ، بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة وما أشبه ذلك .

فعند أبي حنيفة -رحمة الله تعالى عليه- : يجوز ، وعندهما : لا يجوز ، ثم قال : إنما يجوز البيع بالنسبة إذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد ، أما إذا كان لا يجوز وذلك نحو أن يقول: بعه واقض ديني .

أو قال: بعه فإن الغرماء يلازمونني ، أو قال: بعه فإني أحتاج إلى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق .

م: (**لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف**) ش: أي لأن المطلق بالأمر يتقيد بما هو متعارف بين الناس م: (**لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ،والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا**) ش: أي ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها م: (**يتقيد التوكيل بشراء الفحم**) ش: وفي بعض النسخ بشراء الفحم وهو أليق بقران قوله : بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم م: (**والجمد**)

والأضحية بزمان الحاجة . ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ، وكذا المقايضة ، بيع من وجه وشراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع . ولهذا لا يملكه الأب والوصي ،وله:أن التوكيل بالبيع مطلق ،فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة - رحمه الله - على ما هو المروي عنه .

ش: بسكون الميم لا غير ما جمد من الماء م: (**والأضحية بزمان الحاجة**) ش: في تلك السنة لا السنة الآتية .

الحاصل : أن التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد والجمد بأيام الصيف والأضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ، وقيل هذا قولهما ، أما على قول أبي حنيفة -رحمه الله- : لا يتقيد ولو وكله بشراء اللحم يدخل فيه لحم البقر والإبل والضأن وقيل : إن كان الأمر غريبًا يتصرف إلى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والأكباد والرءوس والأكارع واللحم القديد ولحم الطيور والوحوش، وكذا لا تدخل الشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة ، وعند الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- : يقع على ما يباع في العادة في الكل .

م: (**ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه**) ش: وهو ظاهر م: (**وهبة من وجه**) ش: ألا ترى أنه لو باع مريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث ، والأب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش م: (**وكذا المقايضة**) ش: أي البيع بالعرض م: (**بيع من وجه وشراء من وجه**) ش: وهو وكيل بالبيع لا بالشراء م: (**فلا يتناوله**) ش: أي فلا يتناول التوكيل بالبيع في البيع بغبن فاحش وفي بيع المقايضة م: (**مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي**) ش: لأن المطلق ينصرف إلى الكامل .

م: (**وله: أن التوكيل بالبيع مطلق**) ش: يعني غير مقيد بشيء م: (**فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة**) ش: فيتناول كل ما يطلق عليه البيع م: (**والبيع بالغبن**) ش: وبالغين المعجمة والباء الموحدة م: (**أو بالعين**) ش: بالعين المهملة وسكون الياء آخر الحروف ، وهو العرض ، وهذا جواب عن قولهما : يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف، لكن البيع بالغبن والعين م: (**متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم**) ش: بالعين ، من تبرم به إذا شبه وكذا برم به بالكسر ، وعند العامة م: (**من العين**) ش: لا يبالي بقلة الثمن وكثرته م: (**والمسائل**) ش: أي مسائل شراء الفحم والجمد م: (**ممنوعة على قول أبي حنيفة -رحمه الله- على ما هو المروي عنه**) .

ويقال من جهة أبي حنيفة -رحمه الله-ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول إنما يتقيد بدلالة العرض لا بدلالة العادة ، لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ،

وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع ؛ لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما . قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها،ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله ،

والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر ، وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص العين كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد ، كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد ، كذا قال الإمام علاء الدين -رحمه الله- في طريقة الخلاف ، وكذلك التوكيل بالأضحية ، يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة .

م: (**وأنه**) ش: أي وأن البيع بالغبن أو العين م: (**بيع من كل وجه حتى أن من حلف أن لا يبيع يحنث به**) ش: أي بالبيع بالغبن أو العين ، فلما جعل هذا بيعًا مطلقًا في اليمين جعل في الوكالة كذلك م: (**غير أن الأب والوصي**) ش: جواب عما يقال لو كان ذلك بيعًا من كل وجه لملكه الأب والوصي ، وتقرير الجواب : أن الأب والوصي م: (**لا يملكانه**) ش: أي البيع بالعين م: (**مع أنه بيع**) ش: يعني يطلق عليه أنه بيع ،م: (**لأن ولايتهما نظرية**) ش: أي لأن ولاية الأب والوصي على الصغير من حيث النظر في أمرهما بالشفقة وأيضًا النفع إليه م: (**ولا نظر فيه**) ش: أي في بيع الغبن .

م: (**والمقايضة**) ش: جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة ، وتقرير الجواب أن المقايضةم: (**شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما**) ش: وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ، **فإن قيل** : فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة . **قلنا** : إنما كان محالاً إذا كان ذلك من جهة واحدة ، وليس كذلك ، فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه ، وشراء بالنسبة إلى غرض صاحبه .

فإن قيل : إذا كان الأمر كذلك ، فمن أي وجه رجح أبو حنيفة -رحمه الله-جانب البيع .

قلنا : ذكر في« المبسوط» : جانب البيع يرجح على جانب الشراء في البيع بالغرض . ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه ، كان مشتريًا لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئًا من مال المضاربة يوقف على إجازة صاحبه ، فإنه باعه بغرض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله**) ش: وهو الغبن الفاحش ولا خلاف فيه

لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه ، قالوا : ينفذ على الآمر ؛لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح ، إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده ؛ لأنه لابد من الإضافة إلى الموكل في العقد ، فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

بين الأئمة الأربعة م: (**لأن التهمة فيه متحققة**) ش: أي في هذا الشراء لتحقق التهمة فيه ، والتهمة معتبرة في باب الوكالة ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة م: (**فلعله**) ش: أي ولعل الوكيل م: (**اشتراه**) ش: أي اشترى الشيء الذي وكل به م: (**لنفسه**) ش: أي لأجل نفسه م: (**فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره**) ش: أي لغير نفسه لأنه لما رأى الخسران في الشراء ألحقه بالموكل م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى ما ذكر في المتن قبل ورقة بقوله : « لأنه موضع تهمة» بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر م: (**حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه**) .

م: (**قالوا:**) ش: أي قال المشايخ وأراد به عامة المشايخ -رحمهم الله- فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش ، وقال : لا يتحمل فيه اليسير أيضًا م: (**ينفذ على الآمر**) ش: لانتفاء التهمة م: (**لأنه لا يملك شراءه لنفسه**) ش: أي لأن الوكيل لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإن نوى الشراء لنفسه وصرح بذلك ، بأن قال : اشهدوا أني قد اشتريتها لنفسي إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خبر ، أو خالف إلى جنس آخر على ما مر مرة .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- : جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال في «بيوع التتمة»وبه يفتى .

م: (**وكذا الوكيل بالنكاح**) ش: على الخلاف المذكور م: (**إذا زوجه**) ش: أي موكله م: (**امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-، ووقع في بعض النسخ جاز عقده بالقاف ، والظاهر أنه تصحيف وإن كان له وجه م: (**لأنه لابد من الإضافة**) ش: أي من إضافة العقد م: (**إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة**) ش: وأشار به إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة ، قال محمد -رحمه الله-في «الأصل» وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها ، فزوجها إياه فهو جائز ، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة-رحمه الله- . وفي قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله ، فهو جائز ، وإذا أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن ترضاه م: (**ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد**) ش: أي لأنه لا يضيف العقد إلى الموكل حيث يقول اشتريت، ولا يقول لفلان .

قال : والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وقيل في العروض دهنيم ، وفي الحيوانات ده يازده ، وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-م: (**والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين**) ش: لما ذكر الغبن اليسير والفاحش شرع أن يبين كيفيتهما فقال والذي . . . إلى آخره ، وقوله والذي مبتدأ وخبره هو قوله ما لا يدخل ، ومقابل هذا مما يتغابن فيه ، وقال الطحاوي -رحمه الله-في «مختصره» ، والمقدار الذي يتغابن الناس نصف العشرة وأقل منه ، وهذا غير منصوص عنهم ، ولكن مذاهبهم تدل عليه .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي -رحمه الله-في «شرح الجامع الكبير» : اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير ، منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل ، وما لا يدخل فهو كثير ، ومنهم من قال : ذلك مفوض إلى رأي القاضي .

م: (**وقيل**) ش: هذا معطوف على ما تضمن قوله ما يدخل تحت تقويم المقومين وهو بيان للغبن اليسير ، وقال نصير بن يحيى -رحمه الله- : إنه قال قدر ما يتغابن الناس فيه م: (**في العروض دهنيم**) ش: بفتح الدال المهملة وسكون الهاء اسم عشرة بالفارسي ونيم بكسر النون وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره ميم وهو اسم النصف والمراد هنا نصف درهم م: (**وفي الحيوانات: ده يازده**) ش: وهذا اسم لأحد عشر وزيادة بالياء آخر الحروف بعدها ألف ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة م: (**وفي العقارات ده دو أزده**) ش: وهذا اسم لاثني عشر ودو نزده بضم الدال المهملة وبالواو وسكون النون بعد الألف وسكون الزاي والتقاء الساكنين عندهم مفتقر كثير وبعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة .

وقال الأترازي -رحمه الله- ناقلاً عن لفظ الشيخ أبي المعين النسفي ومحمد-رحمهما الله- : قدر في هذا الكتاب بده نيم يعني في «الجامع الكبير» ومشايخ بلخ أدخلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن إدريس -رحمه الله-حكى عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوا زاد، وفي الحيوان بده يازده وفي العروض: بده نيم .

م: (**لأن التصرف يكثر وجوده في الأول**) ش: وهو قوله في العروض ده نيم م: (**ويقل في الأخير**) ش: وهو قوله في العقارات: ده دو أزده م: (**ويتوسط في الأوسط**) ش: وهو قوله في الحيوانات : ده ياز ده م: (**وكثرة الغبن لقلة التصرف**) .

ش: وأوضح ذلك الشيخ الأكمل -رحمه الله-قال : بلا ، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان

قال :وإذا وكله ببيع عبـد له فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفـة - رحمه الله- لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتـماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده ، فإذا باع النصف به أولى . وقالا : لا يجوز لأنه غـير متعارف ؛ولما فـيه من ضرر الشركـة ، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع

يسيراً لزم الآمـر ، وإن زاد على ذلك لزم الموكل ، والتقـدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص من كثرتها وقلتها ، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته .

وفي القسم الأول كثير ، وفي الأخير قليل ، وفي الأوسط متوسط ، وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل أصلاً والدرهم مال يحبس لأجله ، فقد لا يتسامح به وفي المماكسة ، فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب المواقع ، فما كان أقل وقوعًا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير م: (**وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: يعني إذا وكل رجل رجلاً ببيع عبده أي مطلقًا ، وإنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريعه ضرر ، كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ، ذكره في «الإيضاح» م: (**لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع**) ش: فيجري على إطلاقه ، واستوضح بقوله :

م: (**ألا ترى أنه لو باع الكـل بثمـن النصف يجـوز عنده**) ش: أي عند أبي حنيـفة - رضي الله تعالى عنه - : م: (**فإذا باع النصف به**) ش: أي بذلك الثمن م: (**أولى**) ش: لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهـذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن ، وإنما قيد بقوله «عنده » لأنه لا يجوز عندهما لأنه غبن فاحش ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- ، فإن قيل : إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة ، أما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة وهي عيب في الأعيان ، فكان يحالفه إلى الشراء . قلنا : ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فلما جاز ذلك على قوله فلان يجوز هذا وهو أهون أولى .

م: (**وقال : لا يجوز لأنه غير متعارف**) ش: لأن التوكيل به ينصرف إلى التعارف وبيع النصف غير متعارف م: (**ولما فيه من ضرر الشركة**) ش: أي لما في بيع النصف من ضرر الشركة لأنها عيب م: (**إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما**) ش: أي الوكيل والموكل م: (**لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع**

الأول تبين أنه وقع وسيلة . وإذ لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ،وهذا استحسان عندهما.وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثًا بين جماعة ،فيحتاج إلى شرائه شقصًا شقصًا، فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق. والفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - أن في الشراء تتحقق التهمة

الأول تبين أنه وقع وسيلة) ش: إلى الامتثال م: (**وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا**) ش: أي كون البيع موقوفًا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة م: (**استحسان عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : وفي قول زفر-رحمه الله- : يكون الشراء لنفسه في الأحوال كلها ،وفي «شرح الطحاوي» ، ولو اختصم الوكيل مع الموكل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالإجماع ، وكذلك هذا الحكم في جميع الأشياء التي في تنقيصها مضرة ، ويكون التنقيص فيه عيبًا كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك ، والذي ليس فيه التنقيص عيبًا ، فاشترى بعضه لزم الآمر ،وقد مر هذا عن قريب، ولو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالإجماع ، وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحدًا منها لزم الآمر .

م: (**وإن وكله**) ش: وفي بعض النسخ وإن وكله أي وإن وكل رجل رجلاً م: (**بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف**) ش: بالاتفاق وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول وأحمد-رحمه الله-في رواية ، وقالا في قول ورواية : لا ينفذ على الآمر م: (**فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال ، بأن كان موروثًا من جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصًا شقصًا**) ش: الشقص القطعة من الأرض ، والطائفة من الشيء ، فإذا اشترى شقصًا شقصًا حتى اشترى الباقي كان وسيلة إلى تحصيل مقصود الآمر فجاز، وإليه أشار بقوله : م: (**فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فينفذ على الآمر**) ش: لأنه يصير كأن اشترى جملة ، وزالت التهمة م: (**وهذا بالاتفاق**) ش: لأنه لما اشترى باقيه ارتفع الخلاف .

وقال القدوري -رحمه الله-في كتابه المسمى« بالتقريب» : قال أبو يوسف -رحمه الله- : إذا وكل رجل رجلاً أن يشتري له عبدًا فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه ، ولم يجز عتق الوكيل ، وقال محمد -رحمه الله- : يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل م: (**والفرق لأبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أي بين البيع والشراء م: (**أن في الشراء تتحقق التهمة**) ش: لأن صحة الأمر بتسمية العبد

على ما مر ، وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه ، والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق . قال : ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله لقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره ، فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع،

ونصف العبد ليس بعبد ، فلا يصير به ممتثلاً أمر الآمر ، وأما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في البعض فيعتبر فيه إطلاقه .

وتحقيق الكلام فيه : أن أبا حنيفة -رضي الله تعالى عنه- يعتبر العموم والإطلاق في التوكيل بالبيع ، وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى قوله الذي تقدم لأن التهمة فيه متحققة ، م: (**وآخر**) ش: أي فرق آخر بين البيع والشراء م: (**أن الآمر في البيع**) ش: أي في صورة التوكيل بالبيع م: (**يصادف ملكه**) ش: أي ملك الآمر م: (**فيصح**) ش: أي أمره لولايته على ملكه م: (**فيعتبر فيه إطلاقه**) ش: أي إطلاق الأمر ، فجاز بيع النصف لأن الأمر وقع مطلقًا عن الجمع والتفريق .

م: (**والأمر بالشراء**) ش: أي الأمر بالتوكيل في الشراء م: (**صادف ملك الغير**) ش: وهو مال البائع م: (**فلم يصح**) ش: أي الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة لحاجته إليه ولا عموم لما ثبت ضرورته م: (**فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق**) ش: فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالتعارف ، وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض ، إلا إذا اشترى البعض قبل أن يختصما على ما مر .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير م: (**ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه**) ش: أي على البائع م: (**بعيب لا يحدث مثله**) ش: كالإصبع الزائدة ، والسن الشاغية م: (**لقضاء القاضي**) ش: إما م: (**ببينة**) ش: قامت على المأمور م: (**أو بإباء يمين**) ش: أي القضاء بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها إليه م: (**أو بإقراره**) ش: أي القضاء بإقرار المأمور بالعيب م: (**فإنه**) ش: أي فإن المأمور م: (**يرده**) ش: أي يرد العبد م: (**على الآمر**) ش: من غير خصومة ، إذ الرد على الوكيل رد على الموكل م: (**لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع**) ش:، فإن قيل : إذا كان الوكيل مقراً بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة من ذكره .

أجيب : بأنه يحتاج في صورة الإقرار إلى القضاء ، لأنه يمكن أن يقر بالعيب ويمتنع عن

فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب: أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ، أو كان عيبًا لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد ، فيفتقر إليها في الرد ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ، وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة . قال و كذلك إن رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين ، لأن البينة حجة مطلقة ، والوكيل مضطر في النكول

القبول فالقاضي يجبره على القبول م: (**فلم يكن قضاؤه مستنداً**) ش: هذا جواب عما يقال : لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء إلى هذه الحجج ، بل تقضى بدونها لعلة قطعها بوجود العيب عند البائع ، وتقرير الجواب بأن يقال لم يكن قضاؤه مستنداً م: (**إلى هذه الحجج**) ش: وهي البينة ، والإقرار ، والإباء عن اليمين م: (**وتأويل اشتراطها في الكتاب**) ش: أي اشتراط الحجج المذكورة في «الجامع الصغير» .

م: (**أن القاضي يعلم أنه**) ش: أي أن العيب المذكور م: (**لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ**) ش: يوضح هذا أن محمداً -رحمه الله- شرط في «الجامع الصغير» البينة أو الإباء أو الإقرار لاشتباه الأمر على القاضي بأن العيب قديم أو لا إذ يعلم القاضي منها أن مثل هذا العيب لا يحدث مدة شهر مثلاً .

ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان، فيحتاج المشتري إلى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه وهذا بيان ما ذكره المصنف -رحمه الله- م: (**أو كان عيبًا**) ش: أي أو كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبًا م: (**لا يعرفه النساء**) ش: كالقرن في الفرج ، والمرض الدق م: (**والأطباء**) ش: أي أو عيبًا لا يعرفه إلا الأطباء ، كالسعال القديم م: (**وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة**) ش: للمشتري م: (**لا في الرد**) ش: أي ليس بحجة في رد المبيع على البائع ، فإذا كان كذلك م: (**فيفتقر**) ش: أي القاضي م: (**إليها في الرد**) ش: أي إلى الحجج المذكورة وهي البينة والإقرار والإباء م: (**حتى لو كان القاضي عاين البيع ،والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها**) ش: أي من الحجج المذكورة م: (**وهو**) ش: أي الرد على الوكيل م: (**رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة .قال:وكذلك إن رده عليه**) ش: أي إن رد المشتري المبيع على البائع م: (**بعيب**) ش: أي بسبب عيب م: (**يحدث مثله**) ش: أي مثل هذا العيب م: (**بينة**) ش: يتعلق بقوله إن رده م: (**أو بإباء يمين**) ش: أي أو بالنكول عن اليمين م: (**لأن البينة حجة مطلقة**) ش: أي مثبتة عند الناس كافة ، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فنفذ الرد على الموكل م: (**والوكيل مضطر في النكول**) ش: قال الكاكي -رحمه الله- : هذا جواب عن قول زفر -رحمه الله- ذكره في «المبسوط» . فعند زفر -رحمه الله- لو رده

لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر . قال : فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمورلأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله . بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء ، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه

بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل ولو اشترى شيئًا وباعه من غيره ثم المشتري الثاني رده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه .

وتقرير الجواب : أن الوكيل مضطر في هذا النكول م: (**لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر**) ش: تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره الآمر ، يعني أنه لم يباشر أحوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير ، والآمر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه ردًا على الموكل عبدًا ، فأما إذا أقر فإنه مختار فيه لا مضطرًا وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول ولكنه بعمل باشره بنفسه فلا يرجع على غيره ، كذا في المبسوط .

وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : إذا كان الرد بالبينة فظاهر ، وإذا كان بالنكول ففيه نوع إشكال لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة ، وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الإقرار : ألا ترى أن من اشترى عبدًا فادعى رجل أنه عبده واستحلف المشتري فنكل ، فقضى القاضي بنكوله فالمشتري لا يرجع بالثمن كما أقر به المشتري .

والجواب هو الفرق بين المسألتين ، أن في مسألة الشراء سبق من المشتري ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من أسباب الملك فلم يكن مضطرًا في النكول فاعتبر نكوله بإقراره ، وأما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين ، فكان مضطرًا في النكول كما هو مضطر عند إقامة البينة ، فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - : (**فإن كان ذلك**) ش: أي العيب م: (**بإقراره لزم المأمور**) وهو الوكيل م: (**لأن الإقرار حجة قاصرة**) ش: لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره (**وهو غير مضطر إليه**) ش: أي إلى الإقرار م: (**لإمكانه السكوت والنكول**) حتى يقضي عليه اليمين ، ويقضي بالنكول والسكوت ، والنكول مرفوعان ، أي لأنه يمكنه السكوت والنكول م: (**إلا أن له**) ش: أي غير أن له م: (**أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله**) ش: أي نكول الموكل ، لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة ، وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار، فيسقط ما قال في «النهاية» إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي ، لأنه يقبله لا محالة .

م: (**بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه**)

لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة، ولو كان العيب لا يحدث مثله ، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية ؛ لأن الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا ، والحق في وصف السلامة ، ثم ينتقل إلى الرد، ثم إلى الرجوع بالنقصان ، فلم يتعين الرد ، وقد بيناه

ش: قال الأترازي - رحمه الله -: كان ينبغي أن يقول يخاصم موكله ، أو يقول أمره وكان ينبغي أيضًا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما ، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى قبل غير بالبائع عن قوله يخاصم أمره لأن البيع لما انتقل إلى الموكل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه م: (**لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما)** ش: وهو الموكل والآمر .

م: (**والرد بالقضاء فسخ**) ش: هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال : ينبغي أن لا يكون له حق الخصومة مع الموكل، إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل فكان بيعًا جديداً في حق الكل ، وتقرير الجواب : أن الرد بقضاء القاضي فسخ م: (**لعموم ولاية القاضي**) ش: على الوكيل والموكل فلا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد التراضي لأن القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخًا م: (**غير أن الحجة**) ش: وهي الإقرار م: (**قاصرة وهي الإقرار**) ش: يعني دليل قاصر فعملنا بهما م: (**فمن حيث الفسخ**) ش: أي فمن حيث أن الرد بالقضاء م: (**كان له**) ش: أي الوكيل م: (**أن يخاصمه**) ش: الموكل م: (**ومن حيث القصور في الحجة**) ش: أي ومن حيث أن الإقرار حجة قاصرة م: (**لا يلزم الموكل إلا بحجة**) ش: وهي إقامة البينة على الموكل م: (**ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية**) ش: وهي رواية كتاب البيوع من الأصل م: (**لأن الرد متعين**) ش: في هذا لأن الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي ، فإذا كان الرد متعينًا صار تسليم الخصم ، وتسلم القاضي سواء كتسليم الشفعة ، وقضاء الدين ، والرجوع في الهبة م: (**وفي عامة الروايات**) ش: أي من «المبسوط» م: (**ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا**) ش: إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث .

م: (**والحق في وصف السلامة**) ش: جواب من قال : إن الرد متعين يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة م: (**ثم ينتقل إلى الرد**) ش: بضرورة العجز م: (**ثم إلى الرجوع**) ش: أي ثم ينتقل إلى الرجوع م: (**بالنقصان**) ش: وهي حصة العيب م: (**فلم يتعين الرد**) ش: وفيما ذكر من المسائل متعين لا يحتمل التحول إلى غيره ، تفسير القياس لعدم الجامع م: (**وقد بيناه**) ش: أي حكم

في الكفالـة بأطول من هذا . قال : ومن قال لآخـر :أمرتك ببيع عبد بنـقد فبـعته بنسيئـة ، وقال المأمور: أمرتني ببـيعه ولم تقل شيـئًا ، فالقول قول الآمـر ، لأن الأمر يستفاد من جـهته ولا دلالة على الإطلاق ، قـال : وإن اخـتلف في ذلك المضـارب ورب المال فـالقول قـول المضـارب ، لأن الأصل في المضـاربة العـموم ، ألا ترى أنه يملـك التصـرف بذكـر لفظة المضـاربة ، فقـامت دلالة الإطلاق بخـلاف ما إذا ادعى رب المال المضـاربة في نوع والمضـارب في نوع آخر ، حيث يكون القول لرب المال لأنه سـقط الإطلاق فيه بتـصادقهمـا فنزل إلى الوكالة المحضـة ، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدًا أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة -رحمه الله -، وعندهما: يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال : ومن أمر رجلاً ببيع عبده

المسائل المذكورة م: (**في الكفالة**) ش: اسم الكتاب ألفه المصنف م: (**بأطول من هذا**) ش: أي من الذي بيناه هنا .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبد بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئًا ، فالقول قول الآمر**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- في رواية ، وعن مالك - رحمه الله - : إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل وإن كانت هالكة فالقول للوكيل ، وعن أحمد - رحمه الله - في رواية : القول للوكيل م: (**لأن الأمر يستفاد من جهته**) ش: أي من جهة الآمر م: (**ولا دلالة على الإطلاق**) ش: إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقًا ، ولا دليل على أحد الوجهين ، والأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله كما لو أنكر أصل الوكالة .

م: (**قال: وإن اختلف في ذلك**) ش: أي في النقد وعدمه م: (**المضارب ورب المال**) ش: بأن قال رب المال: أمرتك بالنقد وقال المضارب : بل دفعت مضاربة ولم يعين شيئًا م: (**فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضـاربة العموم**) ش: والإطلاق م: (**ألا ترى أنه يملك التصـرف بذكر لفظة المضاربة**) ش: ويثبت الإذن عامًا م: (**فقامت دلالة الإطلاق**) ش: وليس كالوكيل لأن الوكالة عقد خاص م: (**بخـلاف ما إذا ادعى رب المال المضـاربة في نوع والمضارب في نوع آخـر**) ش: أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر من البز م: (**حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة**) ش: وفي الوكالة المحضة القول للآمر كما مر .

م: (**ثم مطلق الأمر بالبـيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كـان عند أبي حنيفة - رحـمه الله - وعندهما :يتقيد بأجل مـتعارف والوجه قد تقدم**) ش: أي الوجه من الجانبين تقدم في مسألة الموكل بالبيع ، والوجه هو : أن أبا حنيفة - رحمه الله - يعمل بالإطلاق، وهما بالمتعارف .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن أمر رجلا ببيع عبده**

فباعه وأخذ بالثمن رهنًا فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها، والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

فباعه وأخذ بالثمن رهنًا فضاع في يده، أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه) ش: أي على الكفيل م: **(فلا ضمان عليه)** ش: أي على الكفيل ، قيل : المراد من الكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة .

وقال التمرتاشي : الوكيل بالبيع لما احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف -رحمه الله - لأن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل ، والوكيل لا يملك ذلك عنده ، قيل : بل على حقيقتها ، والتوى يتحقق في الكفالة بأن مات الكفيل ، والمكفول عنه مفلسًا ، وفي «جامع» النهاجي - رحمه الله - : التوى على الكفيل بأن يموت مفلسًا ، وفي الكفالة التوى على الكفيل ، بأن رفع الأمر إلى القاضي يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة ، كما هو مذهب الإمام مالك - رحمه الله - .

م: **(لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها)** ش: أي من الحقوق م: **(والكفالة توثق به)** ش: أي بالثمن م: **(والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء)** ش: ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن م: **(فيملكهما)** ش: أي فيملك الوكيل الكفالة والرهن م: **(بخلاف الوكيل بقبض الدين)** ش: أي أخذ رهنًا ، أو كفيلاً فإنه لا يجوزم: **(لأنه يفعل نيابة)** ش: حتى إذا نهاه عن القبض يصح نهيه م: **(وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة)** ش: لا نيابة م: **(ولهذا)** ش: أي فلأجل كون الوكيل بالبيع يقبض أصالة م: **(لا يملك الموكل حجره)** ش: أي عجز الوكيل م: **(عنه)** ش: أي عن قبض الثمن عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة : يملك؛ والله أعلم.

***

فصل

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك ؛لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرًا ،

م: (فصل)

ش:أي : هذا فصل في بيان وكالة الاثنين، ووجه تأخيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعًا ووضعًا قيل لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة ،وقيل : بأنه ذكر هنا أشياء أخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق ، والتزويج والكتابة والإعتاق ،والإجارة م: **(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك)** ش: قال الطحاوي في «مختصره» ، وإذا وكل الرجل رجلين ببيع عبد أو بابتياعه أو بتزويج امرأة أو بخلع امرأته منه على مال ، أو بعتق عبده على مال ، أو بمكاتبة ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز إلا أن يجيزه الآخر فيجوز ،وإن وكلهما بعتق عبده بغيره مال أو بطلاق امرأته بغير ماله فعل ذلك أحدهما دون الآخر جاز .

وقال الأسبيجابي في « شرح الطحاوي » : الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيز الموكل أو الوكيل الآخر . وفي «المبسوط» : هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد ، فأما إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما أن يتصرف بدون الآخر، لأنه إذا وكلهما بكلامين فقد رضي برأي أحدهما ، بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما بكلام واحد حيث لم ينفرد أحدهما بالتصرف في أصح القولين .

في «شرح الطحاوي » : أما الوصيان فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا في أشياء معروفة ، وعند أبي يوسف - رحمه الله- : لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة .

قلت: الأشياء المعروفة سبعة ، شراء الكفن ، وقضاء الدين من المعين ، وتنفيذ الوصية في عين ، ورد الوديعة ، وشراء الطعام ،والكسوة للصغير ، والخصومة ، وقبول الهدية . م: **(لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما)** ش: حتى لو باع أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر جاز ، ولو كان الآخر غائبًا عنه فأجاز لم يجز عند أبي حنيفة - رحمه الله - ذكره في «الذخيرة» وفي «المبسوط» ، ولو كان أحدهما صبيًا أو عبداً محجوراً لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف لأنه ما رضي برأي أحدهمام: **(والبدل وإن كان مقدراً)** ش: هذا جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فلا يحتاج إلى

ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيـار المشتري ، قال إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقًا لتقويم الخصومة .

رأيهما ، فيجوز أن يتصرف أحدهما ؛ وتقرير الجواب أن البدل وهو الثمن وإن كان قدره الموكل .
م: (**ولكن التقـدير لا يمنع استعـمال الرأي في الزيادة**) ش: بأن يزداد الثمن عند اجتماع الرأي لذكاء أحدهما ومعرفته التامة م: (**واختيار المشتري**) ش: أي وفي اختيار المشتري يشتري ما وكلا به لأن من المشتريين من يماطل في أداء الثمن فيختار الآخر من لا يماطل .

وقال محمد - رحمه الله - : في «الأصل» ولوكان الموكل يسمي لهما ثمنًا فباع أحدهما به لم يجز وإن باعا جميعًا بذلك الثمن فهو جائز وإن يسم لهما ثمنًا فباعا جميعًا بثمن نسيئة ، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يقول: هو جائز ، وإن باعا بدرهم ثمنًا يساوي ألفًا ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : إذا أخطأ من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز .

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : وكلهما أن يشتريا له شيئًا فزاد على ثمنه مال يتغابن الناس في مثله فإنه لا يلزمه ، وقال : البيع والشراء في ذلك مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : هما سواء ، لا يجوز على الآمر إلا ما يتغابن الناس في مثله م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن يوكلهما بالخصومة**) ش: هذا استثناء من قوله« ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر »، يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف .

وقال زفر : لا يصح الإنفراد فيها أيضًا ، وبه قال الشافعي وأحمد- رحمهما الله- ، لأنه يحتاج فيهما إلى الرأي ، ورأي الاثنين لا يكون كرأي واحد .

وقال المصنف : - رحمه الله - م: (**لأن الاجتماع فيها**) ش: أي في الخصومة م: (**متعذر للإفضاء إلى الشغب**) ش: بفتح الشين المعجمة وسكون الغين المعجمة تهييج الشر م: (**في مجلس القضاء**) ش: لأن فيه مهابة مجلس القضاء م: (**والرأي يحتاج إليه سابقًا لتقويم الخصومة**) ش: هذا إشارة إلى دفع قول من قال ، ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ، لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما ، ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقًا عليها فيكتفى بذلك ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وإطلاق محمد - رحمه الله - يدل على هذا ، وقيل : يشترط .

وقال الإمام الأسبيجابي - رحمه الله - في «شرح الطحاوي » : الوكيلان بالخصومة

قال أو بطلاق زوجته بغير عوض ، أو بعتق عبده بغير عوض ،أو برد وديعة عنده ،أو قضاء دين عليه ، لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما: طلقاها إن شئتما ، أو قال: أمرها بأيديكما؛ لأنه تفويض إلى رأيهما ، الا ترى أنه

لأحدهما أن يخاصم إلا أنه إذا إنتهى إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا ، لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها اثنان ، والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**أو بطلاق زوجته بغير عوض**) ش: هذا عطف على المستثنى وهو قوله بالخصومة ، أي و يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال ، فلأحدهما أن يطلق خلافًا للشافعي وأحمد - رحمهما الله - .

وقد ذكرنا عن الطحاوي - رحمه الله - أنه وكلهما بطلاق امرأته على مال ففعل ذلك أحدهما لا يجوز م: (**أو بعتق عبده بغير عوض**) ش: أي أو يوكلهما بأن يعتقا عبده بغير مال فلأحدهما أن يعتقه م: (**أو برد وديعة عنده**) ش: أي يوكلهما برد وديعة إلى صاحبهما فلأحدهما أن يردها ، قيد بردها لأنهما إذا كانا قد قبضاها لا ينفرد أحدهما ، وعند الشافعي وأحمد- رحمهما الله - الرد كالقبض .

وقال محمد - رحمه الله - : لما في «الأصل» : لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها أحدهما بغير إذن صاحبه يضمن ، لأنه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد ، فإن قيل : ينبغي أن يضمن النصف ، قلنا : مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه وبدونه لا م: (**أو قضاء دين عليه**) ش: أي وكلهما بقضاء دين عليه فلأحدهما أن يقضيه .

وقال فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» : لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة ،إذا وكلهما بالطلاق ، والثاني إذا وكلهما بالعتاق ، والثالث : إذا وكلهما برد وديعة أو عارية ، أو غصب ، أو دين عليه لرجل ، والرابع : إذا وكلهما بالخصومة م: (**لأن هذه الأشياء**) ش: وهي الطلاق بلا عوض ، والعتاق بلا عوض ، ورد الوديعة ، وقضاء الدين م: (**لا يحتاج فيها**) ش: أي في هذه الأشياء م: (**إلى الرأي بل هو**) ش: أي بل الوكالة في هذه الأشياء ، وفي بعض النسخ : بل هو ، أي التوكيل م: (**تعبير محض**) ش: يعني تعبير كلام الموكل م: (**وعبارة المثنى**) ش: أي الاثنان م: (**والواحد**) ش: أي وعبارة الواحد م: (**سواء**) ش: لا اختلاف فيه .

م: (**وهذا**) ش: أي جواز انفراد أحدهما م: (**بخلاف ما إذا قال لهما**) ش: أي للوكيلين م: (**طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها**) ش: أي أو امرأ تهم: (**بأيديكما**) ش: فلا يجوز انفراد أحدهما في هذا م: (**لأنه تفويض إلى رأيهما**) ش: وأوضح ذلك بقولهما م: (**الا ترى أنه**) ش: أي قوله طلقاها

تمليك مقتصر على المجلس ،ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .قال : وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء . قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له: اعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني

أو أمرها بأيديكما م: (**تمليك مقتصر على المجلس**) ش: وإذا كان تمليكًا لا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه ، قيل: ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقه ، وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر لأن بإيقاع النصف يقع تطليقة واحدة .

فإن قيل: الإبطال ضمني فلا يعتبر ، أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع، م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الآمر بقوله: طلقاها إن شئتما م: (**علق الطلاق بفعلهما**) ش: أي بفعل المأمورين وهو التطليق م: (**فاعتبره بدخولهما**) ش: أي بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ها هنا بيانه ، لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعًا .

وكذا في قوله طلقاها إن شئتما ، لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعًا ، وقد ضبط الأترازي - رحمه الله - قوله ، فاعتبره على صورة الأمر من الاعتبار ، وكذا ضبط شيخنا العلاء ، ثم كتب بيده على الحاشية ، أي اعتبر التطليق بتطليقهما بالتعليق بدخولهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا**) ش: أي عدم جواز توكيل الوكيل م: (**لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء**) ش: فلا يكون راضيًا بغيره م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا**) ش: المسألة على ثلاثة أوجه .

أحدهما : أن يوكله ولم يأذن له ، ولم ينهه عن التوكيل ، فليس له أن يوكل غيره عندنا وعند أحمد - رحمه الله - وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - : إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره ، وإن كان يعجز عنه ، أو ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل ، وبه قال أحمد في رواية .

الوجه الثاني : أن يأذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف ، الوجه الثالث : أن ينهاه عن توكيل غيره لا يوكل بلا خلاف م: (**أو يقول له:**) ش: أي للوكيل م: (**اعمل برأيك**) ش: فله التوكيل عندنا وعند أحمد - رحمه الله - . وقال أصحاب الشافعي : ليس له التوكيل في أحد الوجهين ،م: (**لإطلاق التفويض إلى رأيه**) ش: وذلك يدل على تساويه مع غيره .

م: (**وإذا جاز في هذا الوجه**) ش: يعني في قوله« اعمل برأيك» م: (**يكون الثاني**) ش: يعين

وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بموته ،وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي . قال : فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ، لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه ، وإن عقد في حال غيبته لم يجز ، لأنه فات رأيه ، إلا أن يبلغه فيجيزه ، وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه ، لأنه حضر رأيه ، ولو قدر الأول الثمن الثاني

وكيل الوكيل م: (**وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول**) ش: أي الوكيل الأول م: (**عزله**) ش: أي عزل الوكيل الذي وكله م: (**ولا ينعزل بموته**) ش: أي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الأول وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ،وأحمد - رحمه الله - ، وقال في الأصح : ينعزل بعزله وبموته وله بموت الأول قولان .

م: (**وينعزلان**) ش: أي الوكيل الأول والوكيل الثاني م: (**بموت الأول**) ش: أي الموكل الأول م: (**وقد مر نظيره في «أدب القاضي »**) ش: وهو ما ذكره في أول فصل قبل باب التحكم بقوله« وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض إليه ذلك » إلى أن قال : - جاز كما في «الوكالة » .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن وكل**) ش: أي الوكيل م: (**بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز**) ش: أي بحضرة الوكيل الأول جاز التوكل م: (**لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر**) ش: فيجوز استحسانًا ، وقال زفر - رحمه الله - : لا يجوز ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - كما في غيبته .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز مع الوكيل الثاني بحضور الأول بغير حضرته .

م: (**وتكلموا**) ش: أي تكلم المشايخ م: (**في حقوقه**) ش: أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الأول يعني إذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز ، لكن في حقوق العقد كلام ، قال بعضهم يرجع إلى الأول ، لأن الموكل رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني ، كذا في «الفتاوى الصغرى» ، عن «فتاوى البقالي» ، وقال بعضهم : يرجع إلى الثاني لأن العقد وهو السبب وجد من الثاني ، وإليه ذهب أبو الليث - رحمه الله - في «جبل العيون» .

م: (**وإن عقد في حال غيبته**) ش: أي في حال غيبة الوكيل الأول م: (**لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه**) ش: جاز م: (**وكذا لو باع غير الوكيل**) ش: يعني إذا باع الأجنبي م: (**فبلغه**) ش: أي فبلغ الوكيل م: (**فأجازه**) ش: بعد بلوغ الخبر جاز؛ م: (**لأنه حضر رأيه**) ش: بإجازته .

م: (**ولو قدر الأول**) ش: أي الوكيل الأول م: (**الثمن الثاني**) ش: أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير موكله بأن قال له : بعه بكذا ، فباعه الثاني بالثمن الأول الذي قدره الوكيل الأول ، وهو

فعقد بغيبته يجوز ، لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً ، وقد حصل . وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه . أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر ، وهو التقدير في الثمن . قال : وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز ، معناه

معنى قوله : م: (**فعقد بغيبته**) ش: أي بغيبة الأول م: (**يجوز**) ش: في رواية كتاب الرهن، اختارها المصنف - رحمه الله - .

وفي رواية كتاب الوكالة : لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه وهدايته ، وجه رواية كتاب الرهن : أن المقصود حصل بحضور رأيه م: (**لأن الرأي فيه يحتاج إليه**) ش: أي في العقد م: (**لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل**) ش: أي تقدير الثمن ، وإنما قال : ظاهراً احترازاً عن المسألة التي يذكرها الآن عقيب المسألة التي ذكرها وهي قوله : م: (**وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن**) ش: فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار .

م: (**لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري**) ش: أي الذي لا يماطل في تسليم الثمن م: (**على ما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله في المسألة المتقدمة والبدل ، وإن كان مقدراً ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة، م: (**أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول**) ش: أي فوض الموكل الأول إلى الوكيل الأول م: (**كان غرضه**) ش: أي غرض الموكل الأول م: (**رأيه**) ش: أي رأي الوكيل الأول م: (**في معظم الأمر ،وهو التقدير في الثمن**) ش: وهذا لأن المقصود من البياعات الاسترباح ، وذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان يحصله في تحصيل زيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع ورأيه إنما يطلب لهذا .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**وإذا زوج العبد أو المكاتب أو الذمي ابنته وهي صغيره حرة مسلمة**) ش: **فإن قلت** : كيف تكون المسلمة تحت الذمي ؟ .

قلت: يجوز أن يكون طلقها ثم أسلمت ، وماتت وبقيت البنت م: (**أو باع**) ش: أي واحد منهم م: (**أو اشترى لها**) ش: أي الصغيرة المذكورة م: (**لم يجز**) ش: يعني تصرفهم في مالها بالبيع والشراء لا يجوز ، ولكن قوله أو باع أو اشترى لها لما كان يحتمل وجهين .

أحدهما : أن يشتري لها شيئًا بمال نفسه ، والآخر : أن يشتري لها بمالها، قال المصنف - رحمه الله - م: (**معناه**) ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - لم يجز في «الجامع الصغير»

التصرف في مالها ؛ لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلابد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة ، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما. وقالا المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي

م: (**التصرف في مالها**) ش: وهو معظم شراؤه لها بمالها وهو المراد هنا من الوجه الثاني ، يعني لأن كل واحد منهم إذا اشترى لها من مال نفسه يجوز لا محالة .

واعلم أن في تركيب المصنف - رحمه الله - نوع مناقشة ، لأن قوله «أولاً» لم يجز يشمل التزويج والبيع والشراء ، ثم قوله ، معناه التصرف في مالها ، توهم أن عدم الجواز في التصرف في مالها فقط ، وعدم الجواز في الفصلين جميعًا ، ولهذا قال محمد - رحمه الله - في «الجامع» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمهم الله- في الذمي أو المكاتب ،أو العبد يزوج واحد منهم ابنته ، وهي صغيرة حرة مسلمة ، قال يجوز ، وكذلك إذا باع لها أو اشترى لم يجز ، هكذا لفظ محمد - رحمه الله - فيه .

م: (**لأن الرق**) ش: في العبد والمكاتب م: (**والكفر**) ش: في الذمي م: (**يقطعان الولاية**) ش: أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره بالطريق الأولى ، وأما المكاتب فإنه عبد ما بقي عليه درهم ، وأما الذمي فلقوله تعالى : ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**﴾ (النساء : الآية ١٤١) ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه، ولأن هذه الولاية ولاية نظرية**) ش: نظراً للصغار والصغار لعجزهم ،م: (**فلابد من التفويض**) ش: أي تفويض أمرهم م: (**إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر**) ش: بالقدرة والشفقة ، وفي بعض النسخ إلى العاقد المشفق مكان القادر .

م: (**والرق يزيل القدرة**) ش: قال الله تعالى : ﴿**عبداً مملوكًا لا يقدر على شيء**﴾ (النحل : الآية ٧٥) م: (**والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما**) ش: أي إلى العبد والكافر م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، وفي بعض النسخ صرح قال : وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله م: (**المرتد إذا قتل على ردته ، والحربي كذلك**) ش: أي تصرفهما على المسلم لا يجوز ، وإنما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما ،لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل ردته عندهما بناء على الملك ، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع م: (**لأن الحربي أبعد من الذمي**) ش: لأن الذمي من أهل دارنا

فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذًا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع ؛لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلمًا فيصح.

م: (**فاولى**) ش: أي الحربي أولى م: (**بسبب الولاية**) ش: لأنها إذا لم تثبت للذمي فأولى أن لا تثبت للحربي ، ولهذا لا تجوز شهادة الحربي على الذمي .

م: (**وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذاً عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولايه نظرية وذلك**) ش: أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال مشترك م: (**باتفاق الملة وهي**) ش: أي الملة م: (**مترددة**) ش: لكونها معلومة معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لأنه محمول عليه فيجب التوقف م: (**ثم تستقر جهة الانقطاع**) ش: أي انقطاع الولاية م: (**إذا قتل على الردة فيبطل**) ش: أي تصرف المرتد م: (**وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلمًا فيصح**) ش: أي تصرفه ، والله أعلم.

* * *

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال : الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافًا لزفر - رحمه الله - هو يقول:إنه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به . ولنا :أن من ملك شيئًا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ، والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله - لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعًا ،

م: (**باب الوكالة بالخصومة والقبض**)

ش: أي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة والقبض ولما كانت الخصومة مهجورة شرعًا لقوله تعالى: ﴿ **ولا تنازعوا فتفشلوا** ﴾ (الأنفال : الآية ٤٦) استحق بابها التأخير بما ليس بمهجور م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م: (**الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا**) ش: أطلق القدوري كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين ، وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة .

وقال في «إشارات الأسرار» : الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافًا لزفر -رحمه الله- وقال في «الواقعات» : الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا ، لأن الخيانة ظهرت فيما بين الناس ، وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصًا في الوكلاء على باب القاضي ، به أخذ الفقيه أبو الليث م: (**خلافًا لزفر - رحمه الله -**) ش: فإنه يقول - لا يكون وكيلاً بالقبض ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأظهر ، ومالك وأحمد -رحمهما الله- ، وفي وجه عند الشافعي - رحمه الله - : أنه يملك كقولنا م: (**هو**) ش: أي زفر م: (**يقول :إنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**رضي بخصومته والقبض غير الخصومة**) ش: لأن الخصومة لإظهار الحق ، ويختار فيها ألج الناس للقبض أمن الناس ممن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة ، وهو معنى قوله : م: (**ولم يرض به**) ش: أي القبض .

م: (**ولنا: أن من ملك شيئًا ملك إتمامه وتمام الخصومةوانتهاؤها بالقبض**) ش: لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض م: (**والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله - لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال**) ش: وبه أفتى الصدر الشهيد ، م: (**ونظيره**) ش: أي نظير هذا التوكيل : م: (**الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه**) ش: أي لأن القاضي في معنى القبض م: (**وضعًا**) ش: أي من حيث الوضع في اللغة يقال تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي أي أخذته ، ذكره في «الأساس» .

إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على أن لا يملك. قال: فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معًا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر . قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله - حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده،

وقال الأترازي - رحمه الله - : في معناه وضعًا أي لأن التقاضي في معنى القبض فيه نظر، لأنه قال في المغرب تقاضيته ديني إلى آخر ما ذكرناه .

قلت : لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل «التقاضي هو القبض» بل قال في معنى القبض، م: (**إلا أن العرف بخلافه**) ش: أي بخلاف الوضع فإن الناس لا يفهمون المعنى الموضوع من التقاضي بل يفهمون منه المطالبة م: (**وهو قاض**) ش: أي العرف حاكم وراجح م: (**على الوضع**) ش: لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية ، فإن.

قلت : الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة - رحمه الله -؟ .

قلت: إن ذلك وجه لأصل الرواية ، والكلام فيه وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية ، أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء .

قالوا : على العرف فلا يملك القبض، وإليه أشار بقوله : م: (**فالفتوى على أن لا يملك**) ش: يعني أن الوكيل يتقاضى الدين يملك القبض بالاتفاق، ولكن فتوى المشايخ على أن لا يملك لفساد الزمان. م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**فإن كانا**) ش: أي الرجلان م: (**وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معًا**) ش: أي لا يقبضان الدين إلا مجتمعين .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن**) ش: أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن فإنهما يصيران قابضين بالتخلية م: (**بخلاف الخصومة**) ش: فإن اجتماعهما عليها غير ممكن م: (**على ما مر**) ش: في أول الفصل المتقدم عند قوله - : وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكل به دون الآخر إلا أن يوكلهما بالخصومة، وقال الأكمل- رحمه الله - على ما مر أنه يقضي إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب الهامية، وعند زفر - رحمه الله - : ليس للوكيل بالخصومة أن يقبض الدين وقد مر .

م: (**قال : والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وقال الشافعي - رضي الله عنه- في قوله، وأحمد - رحمه الله - في رواية : م: (**حتى لو أقيمت عليه**) ش: أي على الوكيل م: (**البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقـالا لا يكون خصـمًا ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفـة - رحمـه الله- ، لأن القـبض غيـر الخصومـة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخـصومات ، فلم يكن الرضا بالـقبض رضًا بها، ولأبي حنيـفة - رحمه الله - :أنه وكله بالتـملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالهـا إذ قبض الدين نفسه لا يتصور، إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصمًا

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: (**لا يكون خصمًا**) ش: أي الوكيل يقبض الدين م: (**وهـو**) ش: أي قولهما م: (**رواية الحسن عن أبي حنيفـة -رحمـه الله-**) ش:، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في الأصح ، وأحمد - رحمه الله- في ظاهر الرواية ، م: (**لأن القبض غير الخصومة**) ش: فلا يكون وكيلاً بهما م: (**وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضًا بها**) ش: أي بالخصومة .

م: (**ولأبي حنيـفة - رحـمه الله - :أنه وكله بالتـملك**) ش: أي أن الوكيـل يقبض دين وكـيله بالتمليك والتملك لأنه توكيل تملك ، والمقبوض يقابله في الذمة قصاصًا م: (**لأن الديون تقـضى بأمثالها لا بأعيانها إذ قبض الدين نفسه**) ش: بالجر ، قال الأترازي - رحمه الله - بدل من الدين **قلت** : هو تأكيد .

م: (**لا يتـصور**) ش: لأنه وصف ثابت في الذمـة م: (**إلا أنـه**) ش: استثناء من قوله «لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها »، أي غير أنه م: (**جعل استيفاء لعين حقه من وجه**) ش: بدليل أن رب الدين يجبر على القبض ، فلو كان تمليكًا محضًا معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض، وكذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول م: (**فأشبه الوكيل بـأخذ الشفعة**) ش: ، أي فأشبه الوكيل يقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة ، يعني أنه خصم فكذا هذا .

م: (**والرجوع في الهبة**) ش: بالجر عطفًا على قوله : « بأخذ الشفعة» ، يعني : إذا وكل وكيلاً بالرجـوع في الهبـة كـان خصـمًا حتى إذا أراد الرجـوع فـأقـام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ المعوض تقبل بينته ، م: (**والوكيل بالشراء**) ش: بالجر أيضًا ، يعني : لو أقام أحد الشريكين بينة على الوكيل أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لأنه خصم ،م: (**والقسمة**) ش: بالجر أيضًا ، يعني أحد الشريكين، إذا وكل رجلاً بأن يقاسمه شريكه فأراد الموكل المقاسمة وأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته ، لأن الوكيل خصم ، لأن القسمة معنى التمليك .

م: (**والرد بالعيب**) ش: بالجر أيضًا ، يعني أن المشتري رضي بذلك قبلت بينته م: (**وهذه**) ش: أي مسألة التوكيل م: (**أشبه بأخذ الشفعة**) ش: وفي بعض النسخ : وهذا ، أي التوكيل بقبض الدين، أشبه بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر م: (**حتى يكون**) ش: أي الوكـيل م: (**خصمًا**

قبل القبض كما يكون خصمًا قبل الأخذ هنالك، والوكيل بالشراء لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقًا وهو أصيل فيها فيكون خصمًا فيها . قال :والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عين له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب ، وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع ، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق

قبل القبض كما يكون خصمًا قبل الأخذ هنالك) ش: أي في أخذ الشفعة م: (والوكيل بالشراء لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا) ش: إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة - رحمه الله بقوله «أنه وكله بالتملك » يعني أنه لما وكل الوكيل بالقبض بالتمليك كان فيه معنى المبادلة وهذام: (لأن المبادلة تقتضي حقوقًا) ش: من التسليم والتسلم والرد بالعيب م: (وهو) ش: أي الوكيل م: (أصيل فيها) ش: أي في الحقوق م: (فيكون خصماً فيها) ش: أي في الحقوق، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق) ش: بالإجماع م: (لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة) ش: لكونه يقبض عين الموكل من كل وجه م: (فاشبه الرسول، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يديه البينة أن الموكل باعه إياه) ش: أي العبد م: (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) ش: أي الأمر .

م: (وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع) ش: أي العبد م: (إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم) ش: لأن الوكيل يقبض الوديعة ليس بخصم م: (فلم تعتبر) ش: أي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض م: (وجه الاستحسان أنه) ش: أي أن الوكيل يقبض الوديعة م: (خصم في قصر يده) ش: أي يد نفسه ، أي قصر يد الوكيل م: (لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع) ش: أي بالوكيل .

م: (حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار) ش: هذا م: (كما إذا أقام) ش: أي ذو اليد م: (البينة على أن الموكل عزله عن ذلك) ش: أي عن القبض م: (فإنها) ش: أي فإن البينة م: (تقبل في قصر يده) ش: أي في يد الوكيل م: (كذا هذا) ش: أي فكذا حكم المسألة المذكورة، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (وكذلك العتاق والطلاق) ش: أي وكالمذكور حكم العتاق والطلاق ، والمصنف يذكر الآن صورتهما .

وغير ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانًا دون العتق والطلاق . قال : إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - استحسانًا إلا أنه يخرج عن الوكالة . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي- رحمهما الله-: لا يجوز في الوجهين ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة ،

م: (**وغير ذلك**) ش: كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك يقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل، م: (**ومعناه**) ش: أي معني قول محمد - رحمه الله - في العتاق والطلاق م: (**إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق**) ش: على أن زوجها طلقها م: (**والعبد**) ش: أى إذا أقام العبد م: (**والأمة**) ش: أى إذا أقامت البينة م: (**على العتاق على الوكيل بنقلهم**) ش: أي بنقل المرأة والعبد والأمة م: (**تقبل**) ش: أى البينة م: (**في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانًا**) ش: فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة العتاق والطلاق ، لأن هذه البينة اشتملت على معنيين إثبات العتق وإبطال حق الوكيل ، فتقبل بينته على الحاضر دون الغائب ، و يؤخذ من العبد كفيل نظراً للغائب م: (**دون العتق والطلاق**) ش: أى لا يقبل في حق العتق والطلاق ، لأن الوكيل ليس بخصم فيها ، ولكنه خصم في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء والطلاق على الغائب فيقبل في قصد دون غيره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه**) ش: أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيًا أو مدعى عليه ، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فبإقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله م: (**ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - استحسانًا إلا أنه يخرج عن الوكالة**) ش: فلا يدفع إليه المال لزعمه بانتفاء حقه في الأخذ .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القاضي، وقال زفر والشافعي- رحمهما الله - لا يجوز في الوجهين**) ش: أى في مجلس القاضي وغيره، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله - م: (**وهو**) ش: أى قول زفر - رحمه الله - م: (**قول أبي يوسف- رحمه الله- أولاً وهو**) ش: أى قول زفر - رحمه الله - هو م: (**القياس لأنه**) ش: أى لأن الوكيل م: (**مأمور بالخصومة وهي**) ش: : أى الخصومة م: (**منازعة**) ش: لأنها اسم لكلام

والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده،ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ، وكذا لو وكله بالجواب مطلقًا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه الأهدى فالأهدى .وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعًا وصحته بتناوله ما يملكه قطعًا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينًا ،

يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة .

م: (**والإقرار يضاده**) ش: أي يضاد ما أمر به من الخصومة، م: (**لأنه**) ش: أى لأن الإقرار م: (**مسالمة**) ش: لأنه يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به، م: (**والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده م: (**لا يملك**) ش: أي الوكيل بالخصومة م: (**الصلح والإبراء**) ش: بوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل ، والإبراء إسقاط وهو مأمور بالاستيفاء .

م: (**ويصح**) ش: هذا جواب سؤال يرد على قولهم، لأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتناول الإقرار كيف يصح استثناؤه - فقال ويصح أى التوكيل م: (**إذا استثنى الإقرار**) ش: بأن قال : وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر عليه فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار ، لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شق واحد لا يجوز، لأنه يلزم استثناء الكل من الكل .

م: (**وكذا لو وكله بالجواب مطلقًا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك**) ش: قال في «النهاية» : هي مسألة مبتدأة خلافية لم يردها على وجه الاستشهاد ، يعني لو وكله بالجواب مطلقًا أيضًا فهو أيضًا على هذا الخلاف وكذا في «المختلفات البرهانية» ، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة، إذ العادة جرت في التوكيل بذلك .

م: (**ولهذا**) ش: أي والأصل هذا م: (**يختار فيه**) ش: أي في الخصومه ، أي في التوكيل بهام: (**الأهدى فالأهدى**) ش: أي من كان أكثر هداية في طرق الخصومة ،وفي الإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية .

م: (**وجه الاستحسان أن التوكيل**) ش: المذكور م: (**صحيح قطعًا**) ش: أي ثابت من كل وجه بلا شبهة بالإجماع م: (**وصحته يتناوله ما يملكه قطعًا**) ش: أي ما يملك التوكيل من مطلق الجواب من حيث القطع لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، م: (**وذلك مطلق الجواب**) ش: أي الذي يملك مطلق الجواب ، ومطلق الجواب يتناول الإنكار والإقرار جميعًا فكما أن إنكار الوكيل يصح من حيث أنه جواب فكذا يصح الإقرار من حيث أنه جواب م: (**دون أحدهما عينًا**) ش: يعني لا يملك أحدهما وهو الإقرار والإنكار معينًا، لأنه ربما يكون

وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحريًا للصحة قطعًا ، ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يصح لأنه لا يملكه. وعن محمد - رحمه الله - أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأول ، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه

الجواب بأحدهما معينًا حرامًا لأنه لو كان خصمه محقًا لا يملك الإنكار شرعًا ، ولو كان مبطلاً يكون حقه في الإنكار لا غير ، فلا يملك المعين منهما قطعًا ، فلا يجوز التوكيل به قطعًا فيصح من وجه دون وجه فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقًا تحريًا لصحته قطعًا .

م: (**وطريق المجاز موجود**) ش: أي بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز م: (**على ما نبينه إن شاء الله تعالى**) ش: إشارة إلى ذكره عند قوله« هما يقولان أن التوكيل يتناول جوابًا يسمى رخصة» م: (**فيصرف إليه**) ش: أي إلى مطلق الجواب م: (**تحريًا للصحة قطعًا**) ش: أي للتحري لصحة كلامه من حيث القطع لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء .

م: (**ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف -رحمه الله -: أنه لا يصح**) ش: هذا جواب عن مستند زفر - رحمه الله - ووجه لا نسلم صحة الاستثناء ، بل لا يصح على قول أبي يوسف - رحمه الله - ، م: (**لأنه لا يملكه**) ش: أي لأن الوكيل لا يملك الاستثناء ، لأن ملكه مستلزم بقاء الإنكار عينًا ، وقد لا يحل له ذلك كما مر .

م: (**وعن محمد - رحمه الله -: أنه يصح**) ش: أي أن استثناء الإقرار يصح م: (**لأن للتنصيص**) ش: أي لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار بضمير م: (**زيادة دلالة على ملكه إياه**) ش: أي على ملك الموكل إياه فيملك الوكيل به ، م: (**وعند الإطلاق**) ش: أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثناء الإقرار م: (**يحمل على الأول**) ش: أي على ما هو الأولى وهو مطلق الجواب .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن محمد - رحمه الله -: م: (**أنه فصل بين الطالب والمطلوب**) ش: بأن قال بصحة من حمل وكيل المدعي وعدمها من وكيل المدعى عليه ، م: (**ولم يصححه في الثاني**) ش: أي لم يصحح محمد - رحمه الله - استثناء الإقرار في المطلوب م: (**لكونه مجبوراً عليه**) ش: ، أي لكون المطلوب مجبوراً على ترك الإنكار م: (**ويخير الطالب فيه**) ش: أي يخير بين الإقرار والإنكار ، فيكون الاستثناء مقيداً .

وفي «التتمة» عن محمد - رحمه الله -: أنه يصح الاستثناء من الطالب لأنه مجبور ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه ، يعني المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والإنكار أفاد الاستثناء

فبعد ذلك يقول أبو يوسف-رحمه الله - :إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه، وهما يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة حقيقة أو مجازًا، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به، لكن إذا أقيمت البينة

فائدته في حقه ، أما من المطلوب لا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك ، لأن المدعي لما صحح دعواه، والمطلوب مضطر ومجبور على الإقرار لعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً عليه .

م: (**فبعد ذلك يقول أبو يوسف - رحمه الله -**) ش: : هذا مشروع في بيان المحاجة مع أبي يوسف بعد فراغ المحاجة مع زفر - رحمه الله - : م: (**إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه**) ش: لا يختص بمجلس القاضي؛ لأنه موجب بنفسه، وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبًا إلا بانضمام القضاء .

م: (**وهما**) ش: أي أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة حقيقة**) ش: كالإنكار م: (**أو مجازاً**) ش: كالإقرار بمجلس القضاء، تقريره أن توكيله يصرف إلى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازاً عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو مطلق الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجاز ، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء ، فالإقرار خصومة مجازاً في غيره .

م: (**والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة**) ش: فكان مجازه التضاد وهو مجاز لغوي لأنه لا يصح أن يكون مجازاً شرعيًا م: (**أو لأنه**) ش: أي أو لأن الخصومة على تأويل التخاصم ، وفي بعض النسخ أو لأنها م: (**سبب له**) ش: أي الإقرار والمجوز السببية ، وهو مجوز شرعي لأن الجواب تارة يكون بلا وتارة يكون بنعم، فكانت الخصومة سببًا للإقرار بالواسطة وإطلاق اسم السبب على المسبب مجاز .

م: (**لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق**) ش: فتكون الخصومة سببًا له حيث أفضى إليه ظاهراً م: (**وهو**) ش: أي المستحق م: (**الجواب في مجلس القضاء فيختص به**) ش: أي يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء ، وقال الأكمل - رحمه الله - : ولو قال: لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود م: (**لكن إذا أقيمت البينة**) ش: هذا استدراك من قوله « فيختص به» : وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب ، كان الجواب: أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة ، ولكن إذا

على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضًا ، وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما ، قال: ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبدًا ، لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينًا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئًا لنفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير

أقيمت عليه البينة م: (على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضًا) ش: في كلامه ، فلو بقي وكيلاً لبقي وكيلاً بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا ، قاله في «الكافي» .

م: (وصار) ش: أي الوكيل المقر في غير مجلس القضاء م: (كالأب والوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما) ش: أي إلى الأب والوصي ، بيانه الأب والوصي إذا ادعى شيئًا للصغير فأنكر المدعى عليه ، فصدقه الأب ، والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لايدفع المال إليهما ، لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالإقرار في غير مجلس القضاء لا يدفع المال إليه .

م: (قال) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير » : م: (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً) ش: أي قبل براءة الكفيل وبعدها، م: (لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها) ش: أي الوكالة م: (صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته) ش: لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل، وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله م: (فانعدم الركن) ش: أي ركن الوكالة وهو العمل للغير .

قالوا في «شروح الجامع الصغير» : نظير هذا ما ذكر في المأذون: أن المولى إذا أعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته ، والعبد يطالب بجميع الدين كان المولى كفيلاً عنه ، فإن وكل الطالب المولى يقبض الدين من العبد كان باطلاً، لأن المولى بقبض الدين من العبد كان عاملاً لنفسه فلا يصح وكيلاً عن غيره م: (ولان قبول قوله) ش: دليل آخر ، أي قبول قول الوكيل م: (ملازم للوكالة) ش: يعني الوكالة تستلزم قبول قوله : م: (لكونه أميناً ولو صححناها) ش: أي الوكالة م: (لا يقبل) ش: لما يلزم من انتقاء اللازم وهو قبول قوله م: (لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم) ش: أي التوكيل م: (بانعدام لازمه) ش: أي لازمه التوكيل، وهو قبول قول الوكيل لان اللزوم ينتفي بانتفاء اللازم.

م: (وهو نظير) ش: أي نظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون ، وفي

عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه . قال: ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيًا لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه

بعض النسخ : وهو نظير م: (**عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته**) ش: أي قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً م: (**للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب**) ش: أي طلب مال المولى الطالب م: (**بقبض المال عن العبد كان باطلا**) ش: أي كان التوكيل باطلاً م: (**لما بيناه**) ش: وهو أنه يصير عاملاً لنفسه لانه مبرئ نفسه .

وفي «شرح الطحاوي» : المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه ، لأن ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين وإن شاءوا اتبعو ا المولى بالأقل من قيمته ، ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن ، بخلاف الجناية فإن العبد إذا جنى فأعتقه المولى إن كان عالماً بالجناية صار مختاراً للعذر ، وإن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير ، وفي باب الدين : يلزمه القيمة وإن كان عالماً ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه**) ش: وفي بعض النسخ سلم المال إليه ، أي الدين ، وبه قال المزني -رحمه الله- ، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين ولا في الوديعة ، إلا أن يقيم الوكيل ببينته على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق .

م: (**لأنه إقرار على نفسه**) ش: بحق وهو استحقاق القبض ، وليس فيه إبطال حق للغائب بل هو إقرار حق على نفسه، م: (**لان ما يقبضه خالص ماله**) ش: أي خالص مال المديون، فيجوز إقراره عليه لأن الديون تقضى بأمثالها ، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه ، فكان تصديقه إقراراً على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له م: (**فإن حضر الغائب فصدقه**) ش: فيها م: (**وإلا دفع إليه**) ش: أي وإن لم يصدقه م: (**الغريم الدين ثانياً ،لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة فالقول في ذلك قوله**) ش: أي القول في إنكار الوكالة قول رب الدين م: (**مع يمينه**) ش: وبه قال الثلاثة -رحمهم الله- ، وعند الشافعي-رحمه الله - في وجه : له الرجوع على القابض ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله - في الأصح .

فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقيًا في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقص قبضه ، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره. قال : إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانيًا مضمون عليه في زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ،

م: (**فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه**) ش: أي غرض المديون م: (**من الدفع براءة ذمته ولم تحصل**) ش: أي براءة الذمة م: (**فله أن ينقض قبضه**) ش: أي فللمديون أن ينقض قبض الوكيل م: (**وإن كان ضاع في يده**) ش: أي وإن كان ضاع المال في يد الوكيل م: (**لم يرجع عليه**) ش: أي لم يرجع المديون على الوكيل ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن المديون م: (**بتصديقه**) ش: أي بتصديق الوكيل م: (**اعترف أنه**) ش: أي الوكيل م: (**محق في القبض وهو**) ش: أي المديون م: (**مظلوم في هذا الأخذ**) ش: أي أخذ رب الدين ثانياً .

م: (**والمظلوم**) ش: أي المديون م: (**لا يظلم غيره**) ش: فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لأن الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعدها هلك المدفوع الأخذ منه ظلم ، وفي «الذخيرة» و«المبسوط» المسألة على أوجه : إما أن يصدق الغريم القديم وكالة أولاً فإن صدقه ولم يدفع المال أجبر على الأداء خلافاً لابن أبي ليلى والشافعي وأحمد -رحمهم الله- وأنكر وكالته وأراد الوكيل استحلافه بعد وكالة استحلف ، فإن حلف برأ ، وإن نكل قضي عليه بالمال للوكيل .

وذكر الخصاف : لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما : يحلف على العلم، ولو أقر الغريم بالوكالة وأنكر الدين فعند أبي حنيفة -رحمه الله- يستحلف المطلوب ، وعندهما : لا يستحلف .

م: (**قال**) ش: أي محمد والمصنف -رحمهما الله- : م: (**إلا أن يكون ضمنه**) ش: يجوز فيه التخفيف والتشديد م: (**عند الدفع**) ش: هذا استثناء من قوله - : وإن كان ضاع من يده لم يرجع عليه إلا أن يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال إليه بأن يقول أصدقك في الوكالة ولكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانياً وهذا ضمان صحيح م: (**لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه**) ش: أي على رب الدين م: (**في زعمهما**) ش: أي في زعم الوكيل والغريم م: (**وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض**) ش: أي قبض رب الدين ثانياً، فإذا كان الوكيل م: (**فتصح**) ش: أي الكفالة م: (**بمنزلة الكفالة بما ذاب**) ش: أي بما ثبت ووجب م: (**له على فلان**) ش: معناه بما يذوب لفلان على فلان ، وهذا ماض أريد به المستقبل وقد مر في الكفالة .

ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل؛ لأنه لم يصدقه بالوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة .وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ؛ لأن المؤدى صار حقًا للغائب إما ظاهرًا أو محتملاً ،فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ، ومن قال : إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدين ،

م: (**ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة**) ش: ولم يكذبه أيضًا بل سكت م: (**ودفعه إليه على ادعائه**) ش: أي على دعوى التوكيل م: (**فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة ، وهذا أظهر**) ش: أي جواز الرجوع في صورة التكذيب أظهر منه في الصورتين الأولتين ، وهو التصديق مع التضمين والسكوت، لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب، وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب م: (**لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله : دفع إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه .

م: (**وفي الوجوه كلها**) ش: وهي الأربعة المذكورة ، وهي الدفع مع التصديق ، والتضمين ، والدفع بلا تصديق ولا تكذيب ، والدفع مع التكذيب ، م: (**ليس له**) ش: أي للغريم م: (**أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ؛لأن المؤدى صار حقًا للغائب ؛ إما ظاهرًا**) ش: أي في حالة التصادق ، أو حال ظهور العدالة في الوكيل لأن الوكيل إذا كان عدلاً كان صادقًا ظاهرًا م: (**أو محتملاً**) ش: أي في حالة كون الوكيل فاسقًا أو مستورًا لاحتمال الصدق .

م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا دفعه**) ش: أي الدين الذي عليه م: (**إلى فضولي**) ش:، أي لأنه تعلق في الوسط م: (**رجاء الإجازة**) ش: من المالك م: (**لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه**) ش: ، لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود .

م: (**قال**) ش: أي القدوري –رحمه الله–م: (**ومن قال: إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير**) ش: وهو لا يملك ذلك م: (**بخلاف الدين**) ش: أي بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين ، حيث يؤمر بالتسليم إليه لأنه إقرار في خالص ماله على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها ،فكان إقراره إقرارًا على نفسه بحق المطالبة والقبض .

ثم إذا أخذ الوكيل الوديعة في الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعًا ،وإن أنكر الوكالة

ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثًا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث ، ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمربالدفع إليه لأنه ما دام حيًا كان إقراره بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه .

وحلف على ذلك فله أن يضمن المودع ، فإذا ضمنه فإن كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فإن ضاعت في يده فهل للمودع أن يرجع عليه؟ فهو على وجوه : أحدها أن يدفعها إليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه .

والثاني : أن يدفع بالتصديق ، وشرط الضمان فله الرجوع ، والثالث : أن يدفع مع التكذيب ، فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع على الوكيل ، والرابع : أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب ، فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع أيضًا .

م: (**ومن ادعى**) ش: ذكر هذا تعريضًا على مسألة القدوري ، أي فلو ادعى من قال : إني وكيل م: (**أنه**) ش: أي أن فلانًا م: (**مات أبوه وترك الوديعة ميراثًا له**) ش: أي لابن الميت م: (**ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه**) ش: أي إلى الذي قال : إنه مات أبوه م: (**لأنه لا يبقى ماله بعد موته**) ش: ماله بالنصب ، وفي «النهاية» : هكذا معربًا بإعراب شيخي على تأويل الحال ، كما في كلمة فاه إلى في ، أي مشافهة .

وقال الأترازي -رحمه الله- : لا يبقى ماله بالنصب ، ثم قال مثل ما قال صاحب «النهاية» -رحمه الله- قال الأكمل -رحمه الله- : أرى أنه ضعيف ، لأن المال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة ، أي كلمته في حال المشافهة ، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى ، أي لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث .

و الصواب الرفع على ما قاله الأكمل -رحمه الله- وقد فاته شيء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ، والمال ليس منها إلا أنه يجوز بالتأويل . ولو قال صاحب «النهاية» -رحمه الله- ومن تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متمولاً أي لا يبقى الميت بعد موته متمولاً لكان أوجه ، م: (**فقد اتفقا**) ش: أي الذي ادعى الوكالة والمودع م: (**على أنه**) ش: أي أن الذي قال إنه وديعة م: (**مال الوارث**) ش:، فلا بد من الدفع إليه م: (**ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع**) ش: فيما قاله م: (**لم يؤمر بالدفع إليه لأنه**) ش: أي لأن المودع بكسر الدال م: (**ما دام حيًا كان إقراره بملك الغير لأنه من أهله**) ش: أي من أهل الملك م: (**فلا يصدقان في دعوى البيع عليه**) ش: أي على رب المال .

قال: فإن وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه، لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق . قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب ، قال : وإن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين ، لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وههنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة ، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة- رحمه الله- كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد ،وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» م: **(فإن وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع إليه المال ،لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه)** ش: أي دعوى الغريم م: **(فلا يؤخر الحق)** ش: إلى تحليف رب الدين م: **(قال : ويتبع)** ش: أي الغريم م: **(رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه)** ش: أي لجانب الغريم ، وهو المديون . م: **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** ش: لأن النيابة لا تجري فيها الأيمان .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» : م: **(وإن وكله بعيب)** ش: أي بسبب عيب م: **(في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين)** ش: التي مضت حيث يؤمر بدفع الدين بدون تحليف الوكيلم: **(لأن التدارك ممكن هنالك)** ش:، أي في مسألة الدين م: **(باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله)** ش: أي عند نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين .

م: **(وههنا)** ش: أي وفي المسألة الثانية : م: **(التدارك غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ)** ش: لأن قضاء القاضي بالفسخ والعقد بل بالشاهد الباطل ينفذ ظاهراً وباطنًا م: **(عند أبي حنيفة -رحمه الله- كما هو مذهبه)** ش: ، والمراد بالنفاذ ظاهراً : أن يثبت فيما بيننا ، ومن نفاذه باطنًا أن يثبت فيما بينه وبين الله تعالى .

م: **(ولا يستحلف المشتري بعد ذلك)** ش: أي بعد نكول الموكل م: **(عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، م: **(لأنه)** ش: أي لأن الاستحلاف م: **(لا يفيد)** ش: يعني متى نفذ قضاء القاضي ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا ؛ لأنه لا فائدة في استحلافه، لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضيًا بالعيب وأن الحق الفسخ لم يكن ثابتًا للمشتري وأن القاضي أخطأ في قضائه بعد الفسخ ،ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء وبالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده .

م: **(وأما عندهما)** ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: **(قالوا :يجب أن يتحد**

الجواب على هذا في الفصلين ،ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ، وقيل: الأصح عند أبي يوسف - رحمه الله - أن لا يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ، قال ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك ،وقيل: هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك

الجواب على هذا في الفصلين) ش: يعني في فصل الدين وفصل الرد بالعيب م: **(ولا يؤخره)** ش: أي ولا يؤخر القضاء بالرد م: **(لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء)** ش: لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطنًا ، فإذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف .

م: **(وقيل : الأصح عند أبي يوسف -رحمه الله-: أن يؤخر)** ش: أي الرد م: **(في الفصلين)** ش: أي فصل الدين وفصل العيب، م: **(لأنه)** ش: أي لأن أبا يوسف-رحمه الله-م: **(يعتبر النظر)** ش: للبائع م: **(حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع)** ش: قوله «يستحلف بالرفع» لأن حتى ابتدائية يعني يستحلف المشتري نظراً للبائع ، لأن من مذهب أبي يوسف -رحمه الله- : أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً أو أراد الرد ما لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا البائع وإن لم يدع العيب ، فإذا كان المشتري لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون فصار عنه روايتان : في رواية مثل قول محمد -رحمه الله-وفي رواية : يؤخر فيهما اعتباراً للنظر م: **(فينتظر للنظر)** ش: إذا كان المشتري غائبًا .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة)** ش: أي العشرة التي أنفقها من ماله بمقابلة العشرة التي أخذها من الوكيل م: **(لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه)** ش: أي الحكم في الوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بما أداه، م: **(وقد قررناه)** ش: أي في باب الحوالة بالبيع والشراء عند قوله « وإذا دفع الوكيل بالشراء من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل» .

م: **(فهذا كذلك)** ش: أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك ، لأن الوكيل بالشراء ربما يحتاج إليه الأهل قد يضطره إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم، ولم يكن مال الوكالة معه في تلك الحالة، لأن لا يمكن أن يستصحب دراهم الموكل في الأحوال كلها فيحتاج أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك يجوز الاستبدال م: **(وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك**

ويصير متبرعًا، وقيل:القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء ،فأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب .

ويصير متبرعًا) ش: فيما أنفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعًا .

م: (**وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين**) ش: هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفًا ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه، فإنه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف دفعت إليه لا يكون له ذلك ، وفي الاستحسان ذلك وليس بمتبرع على ما نذكره الآن، قوله م: (**لأنه ليس بشراء**) ش: هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضيًا بثبوت الدين في ذمته للوكيل ،فلو لم تجعله متبرعًا لألزمناه دينًا لم يرض به فجعلناه متبرعًا قياسًا، م: (**وأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب**) ش: إلى القياس والاستحسان لا يدخلان فيما ذكرنا في باب الشراء ، فلا يكون متبرعًا قياسًا واستحسانًا .

وقال الكاكي -رحمه الله- : وأما مسألة الإنفاق رضا الآمر بثبوت الدين في ذمة الوكيل لأنه أمره بالإنفاق ، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم ، بل يتعلق بمثلها في الذمة ، ثم يثبت به حق الرجوع على الأمر فكان راضيًا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعًا قياسًا أيضًا .

* * *

باب عزل الوكيل

قال : وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصاركالوكالة التي تضمنها عقد الرهن . قال : فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل

م: (باب عزل الوكيل)

ش: أي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل وأخر باب العزل لأنه بعد الإثبات، م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه ، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب**) ش: أي بالقياس من جهة المدعي م: (**لما فيه من إبطال حق الغير**) ش: ، وقبل بهذين القيدين لأنه لو وكل المدعى عليه لا يطلب المدعي لملك المدعى عليه عزله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الطالب بملك الطالب عزله سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه أو لا .

وعدم صحة العزل إذا كان يطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله ، سواء رضي به الطالب أو لا ، وقال مالك -رحمه الله- : إذا ثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة والحضور .

وعند الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير أم لا ، لأن الوكالة عقد جائز غير لازم، م: (وصار) ش: أي الوكيل من جهة الطالب إذا كان يطلب من جهة الطالب م: (**كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن**) ش: بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطًا على البيع ، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه يصح إذا كان لم يحضره الطالب، رضي به أو لا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن لم يبلغه العزل**) ش: أي فإن لم يبلغ الوكيل عزل الموكل إياه م: (**فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم**) ش: أي الوكيل عزله ، وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول، ومالك -رحمه الله-في رواية، وأحمد -رحمه الله-في رواية .

وقال الشافعي في الأصح : ينعزل ، وبه قال مالك في رواية ، وأحمد في رواية -رحمه الله-، م: (**لأن في العزل إضرار به**) ش: أي بالوكيل م: (**من حيث إبطال ولايته**) ش: من غير علمه م: (**أو من حيث**) ش: أي أو يكون الإضرار به من حيث م: (**رجوع الحقوق إليه**) ش: أي إلى الوكيل وبين ذلك بقوله م: (**فينقد من مال الموكل**) ش: إذا كان وكيلاً بالشراء .

ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده قال :وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونًا مطبقًا ، ولحاقه بدار الحرب مرتدًا لأن التوكيل تصرف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتدائه ، فلابد من قيام الآمر وقد بطل بهذه العوارض ،

م: (**ويسلم المبيع**) ش: إلى المشتري إذا كان وكيلاً بالبيع ، ثم إذا نفذ أو سلم م: (**فيضمنه**) ش: لأن فعله بعد العزل م: (**فيتضرر به**) ش: ، فلا يجوز لأن الضرر مدفوع شرعًا ، م: (**ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره**) ش: أي وغير النكاح مثل البيع والشراء ونحو ذلك م: (**للوجه الأول**) ش: وهو إبطال الولاية يعني أن العزل لا يصح قبل علم الوكيل أصلاً ، والوكيل بالنكاح وغيره سواء نظرًا إلى الوجه الذي في الإضرار بالوكيل من حيث إبطال ولايته .

وكذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ، ذكره في «مختصر الكافي» م: (**وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده**) ش: ذكره في فصل القضاء بالموارث من «أدب القاضي» بقوله : ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-والوكالة تثبت بخبر الواحد حرًا كان أو عبدًا ، عادلاً كان أو فاسقًا ، رجلاً كان أو امرأة ، صبيًا كان أو بالغًا ، وكذلك العدل عندهما .

وعند أبي حنيفة -رحمه الله- : لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل ، أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين والوكيل ، لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة ، وعند الشافعي وأحمد ومالك -رحمهم الله- في رواية : ينعزل ، وقال مالك -رحمه الله- : إن كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه ، وفي «الذخيرة» : بإنكار الموكل الوكالة لا ينعزل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونًا مطبقًا ولحاقه بدار الحرب**) ش: حال كونه م: (**مرتدًا**) ش: ، ولا خلاف في هذه الأشياء م: (**لأن التوكيل تصرف غير لازم**) ش: لأنه يمكنه أن يعزله م: (**فيكون لدوامه حكم ابتدائه**) ش: لأن كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة ، وكان على جزء منه بمنزلة ابتداء العقد م: (**فلابد من قيام الآمر**) ش: أي أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة .

م: (**وقد بطل**) ش: أي أمر التوكيل م: (**بهذه العوارض**) ش: وهي الموت والجنون ، والارتداد لا يشكل بالبيع الخيار ، فإنه غير لازم ، ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لأن الأصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض ، وهو الخيار ، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض لعدم

وشرط أن يكون الجنون مطبقًا لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف - رحمه الله - اعتباراً بما يسقط به الصوم ، وعنه :أكثر من يوم وليلة ، لأنه تسقط به الصلوات الخمس، فصار كالميت ، وقال محمد - رحمه الله -: حول كامل لأنه يسقط جميع العبادات فقدر به احتياطًا . قالوا : الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة - رحمه الله - لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها

بقاء الخيار بموته، م: (**وشرط**) ش: أي القدوري : م: (**أن يكون الجنون مطبقًا**) ش: بكسر الباء أي دائمًا ، ويليه الحمى المطبقة ، أي الدائمة ، وقيل: مطبقًا أي مستوعبًا ، من طبق الغيم السماء إذا استوعبها .

م: (**لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف -رحمه الله- اعتباراً بما يسقط به الصوم**) ش: أي صوم شهر رمضان ، روى هذه الرواية أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة -رحمهما الله- م: (**وعنه :**) ش: أي وعن أبي حنيفة -رحمه الله-م: (**أكثر من يوم وليلة ؛ لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ، وقال محمد -رحمه الله- حول كامل**) ش: أي الجنون المطبق يقدر بحول كامل، م: (**لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطًا**).

ش: وقال القدوري - رحمه الله - في كتاب «التقريب» : قال في «الأصل» : إذا ذهب عقل الموكل زمانًا خرج الوكيل من الوكالة ، ولو ذهب عقله ساعة والوكيل على وكالته ، وعن أبي يوسف-رحمه الله-أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، وروي عن محمد-رحمه الله- : يوم وليلة ، ثم رجع فقال : شهر ، ثم رجع فقال: سنة، وذكر الكرخي-رحمه الله-في حد الجنون المطبق عند أبي يوسف شهر م: (**قالوا**) ش: أي قال المشايخ -رحمهم الله- م: (**الحكم المذكور في اللحاق**) ش: في «مختصر القدوري» م: (**قول أبي حنيفة-رحمه الله-لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته**) ش: موقوفة م: (**فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو ألحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه ، وقد مر في السير**) ش: أي يصرف المرتد موقوفًا أو نافذًا في« السير» في باب أحكام المرتدين ، عند قوله - : «وما باعه أو اشتراه أو وهبه أو تصرف فيه ، من أمواله في حال ردته فهو موقوف » .

م: (**وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها**) ش: لأن المرتدة لا تقتل بالحرب ولم يوجد ، لأنه ليس لها بينة صالحة للحراب

على ما عرف . قال: وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه ، أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل ، علم أو لم يعلم .

م: (**على ما عرف**) ش: في موضعه في كتب السير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له**) ش: أي ووكل العبد المأذون له م: (**ثم حجر عليه**) ش: أي على العبد المأذون له م: (**أو الشريكان فافترقا**) ش: يعني أحد شريكي العنان ، أو المفاوضة إذا وكلا وكيلاً ثم افترقا م: (**فهذه الوجوه**) ش: أي عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له وافتراق الشريكين م: (**تبطل الوكالة على التوكيل علم أو لم يعلم**) ش: أي علم الوكيل بذلك أو لم يعلم .

وقال أبو النصر -رحمه الله- «في شرحه» : هذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الأصل إلا في الشريكين، لأن ذلك خلاف الرواية ، لأن محمدًا -رحمه الله- قال في «الأصل» : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكلاً بشيء ثم افترقا واقتسما أو شهدا أنه لا شركة بينهما ، ثم أن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعًا ، وكذلك لو كانا وكلاه جميعًا ، لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة .

وكذلك قال الأسبيجابي -رحمه الله- في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد -رحمه الله- : وليس تفرقهما نقضًا للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود بأثرها أحدهما قبل ذلك .

وقال الأترازي -رحمه الله- : والعجب من صاحب «الهداية» أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري ، والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة ولا يلزم أن يكون قوله مخالفًا للرواية لا محالة . . انتهى .

ورد عليه الأكمل : بأن هذا على تقدير صحته يختص بمال الشركة لا غير ، على أنه مخالف لعبارة الكتاب، انتهى .

وفي «المبسوط» : هذا يعني قوله : فهذه الوجوه تبطل الوكالة إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، أما لو كان التوكيل بقضاء الدين والتقاضي لا يبطل لعجز المكاتب وحجر المأذون، لأن في كل عمل وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالبًا بإيفائه ، وبهذا ليس لولي العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليه دين أو لا ، لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق عن مائة والمولى فيه كالأجانب، وإن لم يكن عليه دين فوجب المال بعقد العبد، ولا يكون هو في هذا دون الوكيل، وما وجد من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الوكيل المطالبة به فها هنا أولى .

لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل بالحجر والعجزوالافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل .قال: وإذ مات الوكيل أو جن جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته وإن لحق بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلمًا ، قال - رضي الله عنه-: وهذا عند محمد- رحمه الله -، فأما عند أبي يوسف- رحمه الله -: لا تعود الوكالة، لمحمد: أن الوكالة إطلاق؛لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به، وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف- رحمه الله -: أنه إثبات ولاية التنفيذ؛ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك

م: (**لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل**) ش: أي قيام الأمر م: (**بالحجر**) ش: في المأذون له م: (**والعجز**) ش: في المكاتب م: (**والافتراق**) ش: في الشريكين، م: (**ولا فرق بين العلم**) ش: أي علم الوكيل م: (**وعدمه لأن هذا عزل حكمي**) ش: أي عزل من طريق الحكم، م: (**فلا يتوقف على العلم**) ش: كالموت م: (**كالوكيل بالبيع إذا باعه**) ش: أي إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكمًا لفوات محل تصرف الوكيل .

م: (**قال: وإذا مات الوكيل أو جن**) ش: أي الوكيل م: (**جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته**) ش: ولو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته وجعل هذا كالنوم ، كذا في«التتمة» ، م: (**وإن لحق**) ش: أي الوكيل م: (**بدار الحرب**) ش: حال كونه م: (**مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود**) ش: من دار الحرب إلى دار الإسلام حال كونه م: (**مسلمًا**) ش: ، وقال شيخ الإسلام في «مبسوطه» هذا إذا حكم القاضي بلحاقه ، وإليه أشار في «مبسوط شمس الأئمة» لأنه لما قضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة ، أما قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتقافهم .

م: (**قال- رضي الله عنه -**) ش: أي المصنف -رحمه الله-: م: (**وهذا**) ش: أي جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلمًا م: (**عند محمد -رحمه الله- فأما عند أبي يوسف -رحمه الله- :لا تعود الوكالة ؛ ولمحمد: أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع**) ش: ومعناه أن الوكيل كان ممنوعًا شرعًا أن يتصرف في كل شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع م: (**أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به**) ش: أي بالوكيل من الحرية والعقل والبلوغ .

والقصد في ذلك التصرف ، والكل قائم ، وصحة التوكيل لحق الموكل وحقه قائم أيضًا بعد لحاقه، م: (**وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف -رحمه الله-:أنه**) ش: أي التوكيل م: (**إثبات ولاية التنفيذ ؛ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك**) ش: أي ولاية التنفيذ ملصق بالملك ، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ،

وباللحاق لحق بالأموات، وبطلت الولاية ،فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر، ولو عاد الموكل مسلمًا وقد لحق بدار الحرب مرتدًا لا تعود الوكالة في الظاهر ، وعن محمد - رحمه الله -: أنها تعود كما قال في الوكيل، والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق . قال : ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهًا مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته ،فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه ، أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء

فكان الوكيل مالكًا للتنفيذ بالوكالة .

م: (**وباللحاق**) ش: أي بدار الحرب م: (**لحق بالأموات وبطلت الولاية ، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر**) ش: يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه ، وبعوده مسلمًا لا يعود ملكه ، فيهما ، ولا يرتفع العقد فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود، م: (**ولو عاد الموكل مسلمًا**) ش: أي عاد بعد القضاء بلحاقه وبه صرح في« المبسوط» م: (**وقد لحق**) ش: أي والحال أنه قد لحق م: (**بدار الحرب مرتدًا لا تعود الوكالة في الظاهر**) ش: أي في ظاهر الرواية .

م: (**وعن محمد -رحمه الله -: أنها**) ش: أي أن الوكالة م: (**تعود كما قال في الوكيل**) ش: أي كما قال محمد-رحمه الله-في الوكيل إذا عاد مسلمًا : تعود وكالته لأن الموكل إذا عاد مسلمًا عاد على ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه ، فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته ، م: (**والفرق له على الظاهر**) ش: أي الفرق لمحمد -رحمه الله- على ظاهر الرواية م: (**أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال**) ش: فبطلت الوكالة على البيان م: (**وفي حق الوكيل على معنى قائم به**) ش: أي بالوكيل م: (**ولم يزل**) ش: بضم الزاي ، أي المعنى القائم به لم يزل م: (**باللحاق**) ش: بدار الحرب ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ومن وكل رجلاً بشيء**) ش: وفي بعض النسخ : ومن وكل آخر بشيء م: (**ثم تصرف بنفسه فيما وكل به**) ش: أي الذي وكل به ، بأن باعه أو وهبه لأحد أو تصدق به م: (**بطلت الوكالة**) ش: انتهى كلام القدوري ، وقال المصنف : م: (**وهذا اللفظ**) ش: من كلام المصنف -رحمه الله- ، أي هذا اللفظ الذي قاله القدوري-رحمه الله-م: (**ينتظم وجوهًا**) ش: أي يشمل وجوهًا كثيرة من المسائل ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**مثل أن يوكله**) ش: أي أو يوكل أحدًا م: (**بإعتاق عبده أو بكتابته**) ش: أي : أو أن يكاتب عبده م: (**فأعتقه**) ش: أي الموكل أعتق عبده بنفسه م: (**أو كاتبه الموكل بنفسه**) ش: بطلت الوكالة م: (**أو يوكله**) ش: أي أو يوكل أحدًا م: (**بتزويج امرأة**) ش: أي بأن يزوجه امرأة م: (**أو بشراء شيء**) ش: أي أو

ففعله بنفسه ، أو يوكله بطلاق امرأته فطلقـها الزوج ثلاثًا أو واحدة ، وانقضت عدتها ، أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوجها بنفســه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجـها منه؛ لأن الحاجة قـد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجـها الوكيل وأبانهـا له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجـة ، وكذا لو وكله ببيع عبـده فباعه بنفـسه ، فلو رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ ، فعن أبي يوسف-رحمه الله - أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل ، وقال محمد - رحمه الله - له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية ؛لأنه

يوكله بشراء شيء م: (**ففعله بنفسه**) ش: أي فعله الموكل بنفسه بأن يزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلاً ، حتى لو أباناها بعد الزواج لم يجز للوكيل أن يزوجها إياه، م: (**أو يوكله**) ش: أي يوكل أحدًا م: (**بطلاق امرأته فطلقـها الزوج ثلاثًا**) ش: أي ثلاث طلقات م: (**أو واحدة**) ش: أي أو طلقها واحدة م: (**وانقضت عدتها**) ش: فليس للوكيل أن يطلقها بعد ذلك ، لا في العدة ولا بعدها وإنما قيد بقوله « **وانقضت عدتها** » لأنه إذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها ، كان للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة .

م: (**أو بالخلع**) ش: أي أو يوكله بأن يخالع امرأته م: (**فخالعها**) ش: أي الزوج م: (**بنفسه لأنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**لما تصرف بنفسه**) ش: أي لما فعل الذي وكله فيه بنفسه م: (**تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة**) ش: ثم بين نتيجة ذلك بقوله م: (**حتى لو تزوجها بنفسه**) ش: أي لو تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه م: (**وأبانها**) ش: أي بعد التزوج بنفسه بالطلاق م: (**لم يكن للوكيل أن يزوجها منه**) ش: أي أن يزوج المرأة البائنة من الوكيل م: (**لأن الحاجة قد انقضت**) ش: أي لأن حاجته كانت في تزوجها وقد حصلت م: (**بخلاف ما إذا تزوجـها الوكيل**) ش: أي المرأة التي وكل بتزويجها إياه وبعد أن تزوجها م: (**وأبانها له**) ش: أي للوكيل م: (**أن يزوج الموكل**) ش: الذي كان وكل لرجل بتزويجها إياه، حيث يجوز تزويجه إياها منه م: (**لبقاء الحاجة**) ش: أي حاجة الموكل فيها .

م: (**وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه**) ش: أي فباعه الموكل بطلت الوكالة، م: (**فلو رد عليه**) ش: أي فلو رده العبد م: (**بعيب**) ش: ظهر فيه على الموكل م: (**بقضاء قاضٍ**) ش: قيد به لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه من أخذه بالإجماع، م: (**فعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه ليس للوكيل أن يبيعه**) ش: أي هذا العبد م: (**مرة أخرى لأن بيعه بنفسه**) ش:، أي لأن بيع الموكل بنفسه العبد م: (**منع له**) ش: أي الوكيل م: (**من التصرف فصار كالعزل**) ش: صريحًا .

م: (**وقال محمد -رحمه الله- :له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه**) ش: أي لأن عقد

إطلاق والعجز قد زال ، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانيًا لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة،أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

الوكالة أو لأن التوكل م: (**إطلاق**) ش: أي إطلاق للتصرف ، ولم يوجد العزل صريحًا وكان ممنوعًا لعارض لعجزه عن ذلك م: (**والعجز قد زال**) ش: فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة أخرى م: (**بخلاف ما إذا وكله**) ش: وكل واحداً م: (**بالهبة**) ش: بأن يهب عبداً من فلان أو غيره من نحو ذلك م: (**فوهب بنفسه**) ش:، أي فوهب الموكل بنفسه م: (**ثم رجع**) ش: عن هبته م: (**لم يكن للوكيل أن يهب ثانيًا**) ش: بعد ذلك م: (**لأنه**) ش: أي لأن الواهب م: (**مختار في الرجوع فكان ذلك**) ش: أي الرجوع من الواهب مختاراً .

م: (**دليل عدم الحاجة**) ش: أي إلى الهبة إذ لو كان محتاجًا لما رجع ، فكان دليلاً على نقض الوكالة، م: (**أما الرد بقضاء**) ش: أي أما رد الهبة بقضاء القاضي م: (**بغير اختياره**) ش: أي اختيار الواهب م: (**فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا أعاد إليه قديم ملكه كان له**) ش: أي للوكيل م: (**أن يبيعه والله أعلم**) ش: ،وقال محمد -رحمه الله- في «الأصل» : وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ، ثم إن الموكل باع العبد ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو رهنه ، وقبض منه أو أجره ، أو كاتب أمته فوطئها فولدت أو لم تلد ، فإن ذلك كله نقض للوكالة ، ما خلا الوطء إذا لم تلد ، وما خلا الإجارة والرهن ، وكذلك الخدمة ليس تنقض الوكالة .

وقال الأسبيجابي -رحمه الله- : ولو وكله أن يزوجه امرأة بينهما فإذا لها الزوج فمات عنها أو طلقها وانقضت العدة ، ثم زوجها إياه الوكيل جاز لأنه أمره بإنكاحها إياه ، وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة ، فانصرف التوكيل إليه، وصار كأنه نصر على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل، والله أعلم .

* * *

كتاب الدعوى

م: (كتاب الدعوى)

ش: أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى، وهي في اللغة: اسم لادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالاً، وبفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوى، وقيل: الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير.

وذكر شيخ الإسلام المحبوبي -: الدعوى لغة: إضافة الشيء إلى نفسه بأن قال: لي ذمته دعوة الولد.

وذكرت في «شرحي الكنز»: أن الدعوى فعلى من الدعاء وهو الطلب، والفعل منه ادعى يدعي وادعاء فهو مدع، والعين الذي يدعي مدع، ولا يقال مدعى فيه ولا به، وأصل دعى ادتعى، وأصل مدع مدتعي، قلبت التاء دالاً وأدغمت الدال في الدال، والدعوة بفتح الدال الدعاء إلى الطعام وبكسرها في النسب، وبضمها في دار الحرب فافهم.

وفي الشرع: الدعوى: إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة، وقيل: هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، ولها ركن وشرط وحكم وسبب، أما ركنها هو معناها لغة، وهي إضافة الشيء إلى نفسه، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه فكان ركنًا، وأما شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي، وأما حكمها: فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا، وأما سببها: فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع!.

وفي «المبسوط» وغيره: سبب فسادها شيئان، جهالة المدعي، وكونها لا تكون ملزمًا على الخصم وهي مشروعة بالكتاب والسنة، وإجماع الأمة، أما الكتاب: قوله تعالى في قصة داود- عليه السلام -: ﴿ وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ﴾ (سورة ص: الآية ٢٠) وفسر علي -رضي الله عنه- بقوله: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر ».

وأما السنة: فما رواه عمرو بن شعيب - رضي الله عنه - عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »، وأما الإجماع: فقيل: انعقد إجماع الأمة عليها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

ووجه المناسبة بين هذا الكتاب وبين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لأجل الدعوى.

قال : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ،والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى .وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها، فمنها ما قال في الكتاب ، وهو حد عام صحيح ، وقيل : المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله من غير حجة كذي اليد ، وقيل : المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد- رحمه الله - في الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا - رحمهم الله -؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ،

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله-في «مختصره» م: (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ش: هذا الحد هو الذي اختاره القدوري -رحمه الله- ، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (ومعرفة الفرق بينهما) ش: أي بين المدعي والمدعى عليه م: (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) ش:، وذلك لأن الإنسان قد يكون مدعيًا صورة ، ومع ذلك القول قوله «مع يمينه »، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكرنا في الكتاب .

م: (وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها،) ش: أي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه م: (فمنها) ش: أي فمن جملة عبارات المشايخ م: (ما قال في الكتاب) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (وهو حد عام صحيح) ش: أما عمومه فلأنه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه ، وأما صحته فلأنه جامع مانع على ما لا يخفى، فلذلك اختاره المصنف -رحمه الله تعالى - .

م: (وقيل: المدعي من لا يستحق إلا بحجة) ش: يعني البينة والإقرار م: (كالخارج) ش: الذي يدعي عينًا في يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة ، يعني البينة أو الإقرار م: (والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله من غير حجة كذي اليد) ش: أي كصاحب اليد فإنه لا يحتاج إلى بينته واستحقاقه بقوله هذا ملكي وأنا واضع اليد . وقال الأكمل : هو ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع إذا ادعى رد الوديعة، ولعله غير صحيح .

م: (وقيل: المدعي من يتمسك بغير الظاهر) ش: إذ الظاهر أن الأملاك في يد المالك وبراءة الذمة م: (والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) ش: لأنه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره ، وهذا منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس بتمسك بالظاهر ، لأن رد الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ،م: (وقال محمد -رحمه الله- في« الأصل»: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته) ش: أي في معرفة المنكر م: (والترجيح بالفقه) ش: يعني باعتبار المعنى دون الصورة م: (عند الحذاق من أصحابنا- رحمهم الله-؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور) ش: بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لأحدهما على الآخر يكون بالفقه كما ذكرنا ،

فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى. قال : ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق .

ثم أوضح ذلك بقوله :

م: (**فإن المودع إذا قال :رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر ، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى**) ش: فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، لأنه متمسك بالأصل إذ الأصل في الذم البراءة ، ويحلف القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان ، ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدًا يكون على النفي ، فلو أقام على بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضًا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ، **فإن قيل** : المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت وهو الرد ، إذ الرد لم يكن ثابتًا ، والمودع متمسك بما هو ثابت ، وهو عدم الرد ، فإن كان ثابتًا فينبغي أن يكون الأمر على العكس .

قلت : المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى ، وهو أصل المودع يدعي الشغل ، ولم يكن ثابتًا، ولهذا تقبل بينته اعتبارًا للصورة ، ويجبر على الخصومة ، ويحلف اعتبارًا للمعنى ، **فإن قيل** : يشكل هذا بما إذا ادعى المديون رفع الدين إلى وكيل رب الدين ، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة ، مع أن المديون يدعي البراءة ؟ .

قلنا : المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل ، فكان الشغل أصلاً والبراءة عارضًا، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل والشغل عارض ما ذكرنا فالقول له .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره**) ش: ، قال المصنف -رحمه الله تعالى - : م: (**لأن فائدة الدعوى الإلزام**) ش: أي إلزام الخصم م: (**بواسطة إقامة الحجة**) ش: أي بواسطة الحجة وهي البينة والإقرار م: (**والإلزام في المجهول لا يتحقق**) ش: لأن يلتفت القاضي إذا ادعى شيئًا مجهولاً ، ولا يكلف المدعى عليه الجواب ، لأنه إن أنكر لا يصح إقامة البينة عليها مع الجهالة ، وإن نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى ، فإذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ، وهي بأن يكون المدعي معلومًا في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهمًا أو دينارًا ، أو كرًا ويذكر مع ذلك صفتها ، كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر أنها جيدة أو رديئة كذا في «الذخيرة» .

وإذا كان المدعي مجهولاً في نفسه لا تسمع ولا تعلم فيه خلافًا إلا في الوصية ؛ فإن الأئمة الثلاث يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعى حقًا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان

فـإن كان عـينًا في يد المدعى عليـه كلف إحضـارها ليشير إليـهـا بالدعوى ، وكـذا في الشهـادة والاستحـلاف ؛لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشـارة في المنقول لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ،وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا ،واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى .

بالمجهول ، وتصح دعوى الإبراء بالمجهول بلا خلاف ، ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، وعن مالك-رحمه الله- : لا يسمع دعوى الذمي الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب .

م: (**فإن كان**) ش: أي المدعي م: (**عينًا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليه**) ش: المدعي م: (**بالدعوى**) ش: فيقول : هذا الذي أدعيه ، لأن المنقول لا يحيط بالوصف فيجب إحضاره ، فيجب العلم بأقصى ما يمكن ، ويرتفع الاشتباه ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف ، م: (**وكذا في الشهادة**) ش: أي المدعى عليه بإحضار المدعي ليشير إليه عند أداء الشهادة ، وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه : يحضر الحاكم عندها أو يبعث أمينًا ، وفي «المجتبى» : قال الأسبيجابي في مسألة سرقة البقرة : « لو اختلفا في ألوانها تقبل الشهادة عنده خلافًا لهما » .

وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لو شرط ألوانها لأحضرت ، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ، ثم قال : والناس عنها غافلون، م: (**والاستحلاف**) ش: يعني إذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها ، م: (**لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك**) ش: أي الإعلام م: (**بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور**) ش: يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة الحضور م: (**وعلى هذا القضاة من آخرهم**) ش: أي بأجمعهم ، كذا قاله[في] «الكافي» -رحمه الله- .

وقال الأكمل : من أولهم إلى آخرهم م: (**في كل عصر**) ش: أي من كل زمان من أزمنة الفقهاء والمجتهدين م: (**ووجوب الجواب إذا حضر**) ش: أو يتعلق بالدعوى أيضًا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا إذا حضر م: (**ليفيد حضوره**) ش: لأن المقصود من حضوره الجواب م: (**ولزوم إحضار العين المدعاة**) ش: أي ويتعلق بالدعوى أيضًا وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده م: (**لما قلنا:**) ش: أشار به إلى قوله : ليشير إليها بالدعوى م: (**واليمين**) ش: بالجر عطفًا على إحضار العين أي يتعلق بالدعوى أيضًا لزم اليمين على المدعى عليه م: (**إذا أنكره**) ش: الحق إذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة ، م: (**وسنذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أي سنذكر وجوب اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ،

قال :وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلومًا لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

م: (**قال: وإن لم تكن**) ش: أي العين المدعاة م: (**حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلومًا**) ش: وعدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر .

وقال شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله- : ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام ، والقطيع من الغنم ، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضع إن تيسر له ، وإلا بعث خليفته إن كان مأذونًا بالاستخلاف ، وإذا رفعت الدعوى في جملة ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليه الشهود لحضرته .

وذكر الإمام القاضي ظهير الدين -رحمه الله- : وهذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر ، أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط جواز القضاء في ظاهر الرواية ، لكن الطريق فيه أن يبعث واحدًا من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ، ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه .

م: (**لأن العين لا تعرف بالوصف**) ش: لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فلا يصير المدعى معلومًا مع وجود المزاحم م: (**والقيمة تعرف به**) ش: أي بالوصف لأنه إذا قيل: عشرة دراهم من الفضة وكذا دينارًا من الذهب ، الركن يصير قيمته معلومة بهذا الوصف .

قال تاج الشريعة: وقال الأكمل -رحمهما الله- : وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ، فيصير المدعى معلومًا ، وذكر الوصف بكاف لأن العين لا تعرف الوصف وإن بويع فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في تعريفه غير مفيد، والقيمة شيء يعرف به المعين فبذكرها يكون مفيدًا ، وقوله : م: (**وقد تعذرت مشاهدة العين**) ش: جملة حالية بمن قوله لأن العين لا تعرف بالوصف ، يعني والحال أن المشاهدة تعذرت ، وأغلاق تركيبه لا يخفى انتهى.

قلت : لا إغلاق في تركيبه على ما لا يخفى، بل التحقيق على ما ذكره تاج الشريعة -رحمه الله- ومثله قال الكاكي -رحمه الله- : قوله - : وقد تعذرت مشاهدة العين الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة ، م: (**وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة**) ش:، وقال محمد بن محمود الأستروشني في «فصوله» : وإذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ؟ ، اختلف المشايخ فيه ، وذكر الصدر الشهيد : لابد من ذكر الأنوثة والذكورة ، ولابد من بيان السن، ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والأنوثة ، لأن المقصود في

قال : وإن ادعى عقاراً وحدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة،ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الحد؛ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر - رحمه الله - لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة ؛لأنه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب، وذكر أنه

دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-في «مختصره» : م: (**وإن ادعى عقاراً وحدده**) ش: أي ذكر حدوده م: (**وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به**) ش: أي وأن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى م: (**لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به**) ش: أي بالتحديد م: (**ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم**) ش: ويذكر أصحاب حدود العقار ، ويذكر أنساب أصحاب الحدود بأن يقال: فلان بن فلان بن فلان م: (**ولابد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أي يذكر الجد م: (**على ما عرف هو الصحيح**) ش: احترز به عما روي عنهما أن ذكر الأب يكفي م: (**ولو كان الرجل مشهوراً**) ش: كأبي حنيفة -رحمه الله-ومحمد بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، وأبي جعفر الكبير البخاري -رحمهم الله جميعًا- م: (**يكتفي بذكره**) ش: أي بذكر الرجل بدون نسبته .

م: (**فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر -رحمه الله-**) ش: هو يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره وقوله م: (**لوجود الأكثر**) ش:، دليلنا أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع، ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين، وقد يكون الأصل مثليه م: (**بخلاف ما إذا غلط في الرابعة**) ش: يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز ، أي عن الحد الرابع وإنما أنثه باعتبار الجهة وإنما قلنا : « وسكت عن الرابعة » لأنه إذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر .

م: (**لأنه يختلف به**) ش: أي بالغلط م: (**المدعي ولا كذلك بتركها**) ش: أي بترك الرابعة ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن ، وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم، لأنه صار عقد آخر بالغلط م: (**وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة**) ش: حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافًا لزفر كما مر .

م: (**وقوله في الكتاب:**) ش: أي قول القدوري -رحمه الله- في «مختصره» : م: (**وذكر أنه**

في يد المدعى عليه لابد منه ؛لأنه إنما ينتصب خصمًا إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيحنفيًا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة ، وقوله أنه يطالبه به ؛لأن المطالبة حقه فلابد من طلبه ،

في يد المدعى عليه لابد منه لأنه) ش: أي لأن المدعى عليه م: (إنما ينتصب خصمًا) ش: دعواه ، في «الخلاصة» ادعى على آخر دارًا في يده ، وقال: في ملكي وفي يدي ، وأنكر المدعى عليه أنها ملك المدعي ، فإن القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه ، وفي «أدب القاضي » للخصاف: لو أقام أحدهما البينة أنها في يديه وقام الآخر البينة على أنها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد .

قال مشايخنا -رحمهم الله- : نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك، كان الكلام فيما م: (إذا كان في يده) ش: والظاهر أن كله وجه القضاء ، وقال الأسبيجابي في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد : وإذا كانت الدار في يدي رجلين ، كل واحد منهما يدعي أنها له ، فكل واحد منهما مدعى لما في يد صاحبه وعليه البينة .

ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه برئ عنها ، وأيهما نكل عن اليمين ألزمته ثمنه صاحبه ، لأن يد كل واحد منهما ثابتة على النصف ، فكان خارجًا فيما في يد صاحبه ، فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر ، واليمين يمين على صاحبه ، وكذلك الحيوان والعروض ،م: (**وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده، بل لا تثبت اليد فيه**) ش: أي في العقار م: (**إلا بالبينة**) ش: بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا : سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة على اليد من ذلك، م: (**أو علم القاضي**) ش: بأنه في يده م: (**وهو الصحيح**) ش: احترز به عن قول من يقول : يكتفي بتصديق المدعى عليه أنه في يده .

م: (**نفيًا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه**) ش: أي لعله م: (**في يد غيرهما**) ش: الحاصل : أنه يحتمل أنهما تواصفا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه ، حتى يتصرف فيه المدعي ، فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير ، وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث، م: (**بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة**) ش: فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري -رحمه الله- : م: (**إنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلابد من طلبه**) ش: أي لأن المطالبة حق المدعي فلابد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته ، وقال

ولأنه يحتمل أن يكون مرهونًا في يده أو محبوسًا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول: يجب أن يقول في يده بغير حق . قال : وإن كان حقًا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا ،وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به .

الأكمل -رحمه الله تعالى - : في عبارته تسامح ، لأنه إلى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ، ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه ، انتهى .

قلت : إنما قال «فيه تسامح» لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره ، ولأن المطالبة حقه فلابد من طلب حقه فوقع فيما وقع فيه ، وإنما الضمير في «طلبه» يرجع إلى المدعي .

والمعنى أصح ، على أن في قوله « ولأن المطالبة »مصدر بمعنى المفعول في كلام يتأمل فيه ، م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المدعي م: (**يحتمل أن يكون مرهونًا في يده**) ش: أي ولأن المدعى يحتمل أن يكون مرهونًا في يده أي في يد المدعى عليهم: (**ومحبوسًا بالثمن في يده**) ش: فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن ، م: (**وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال**) ش: لأنه لو كان مرهونًا أو محبوسًا بالثمن ، لا يطالب بالانقطاع من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى أنه ملكه ، إذ مجرد الملك لا يدل على أن اليد له م: (**وعن هذا قالوا في المنقول :**) ش: إشارة إلى قوله : يحتمل أن يكون مرهونًا أو محبوسًا بالثمن لم يطالب م: (**يجب أن يقول: في يده بغير حق**) ش: لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهونًا أو محبوسًا بالثمن ، وفي« الفتاوى الصغرى» و«التتمة» : أنه إذا ملك المدعي ولم يشهد أنه في هذا بغير حق ، يعني أنه يقبل ؛ وسمعت أنه ذكر شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله-في «الجامع» : أنه اختلف المشايخ فيه ، قال : والأوضح أنه لا يقبل ، وذكر نجم الدين النسفي عن أبي الحسن السعدي والبزدوي : أنه شرط ما لم يثبت أنه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم ، وبه كان يفتي أكثر مشايخنا ، وقال صاحب «التتمة» : وهو الصحيح وعليه الفتوى .

م: (**قال**) ش: القدوري -رحمه الله- في «مختصره» م: (**وإن كان حقًا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله : إن المطالبة حقه فلابد من طلبه م: (**وهذا**) ش: يعني قوله : أن يطالبه م: (**لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ولكن لابد من تعريفه**) ش: أي تعريف ما في الذمة م: (**بالوصف**) ش: مثل أن يقول : -كذا درهمًا أو دينارًا - فبعد ذلك إن كان مضروبًا بذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب ،م: (**لأنه يعرف به**) ش: أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو رديء ، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة ،

قال : وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فإن اعترف قضى عليه بها لإن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه ، وإن أنكر سئل المدعي البينة لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة » ؟ فقال : لا ، فقال : « لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ليمكنه الاستحلاف . قال: فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها

أما إذا كان نقداً واحداً فلا يحتاج .

ولو كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ، والأفضل للمبعض على البعض المبيع ويعطي المشتري البائع أي نقد شاء ، إلا أن في الدعوى لابد من تعيين أحدها ، وإن كان أحدها أروج يصير ذلك [. . .] في البيع والدعوى، فلا حاجة إلى البيان، وإن كانت الدعوى لسبب القرض أو استهلاكه فلابد من بيان صفته على كل حال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها**) ش: أي عن الدعوى م: (**لينكشف له وجه الحكم**) ش: لأن الأشياء التي تنقطع بها المنازعة الإقرار والبينة واليمين ، م: (**فإن اعترف قضى عليه بها**) ش: أي يقضي القاضي على المدعى عليه بالدعوى ولفظ القضاء هنا مجاز للزومه ، فإقراره فلا حاجة إلى القضاء، م: (**لأن الإقرار موجب بنفسه**) ش: فلا يتوقف على القضاء ، وإذا كان كذلك م: (**فيأمره بالخروج عنه**) ش: موجب إقراره .

م: (**وإن أنكر**) ش: أي المدعى عليه م: (**سئل المدعي البينة لقوله- عليه الصلاة والسلام -**) ش: أي لقول النبي ﷺ : « **ألك بينة ؟ فقال : لا ، فقال :لك يمينه**») ش: هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ ، فقال الحضرمي : يا رسول الله ﷺ إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي ، وقال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال عليه الصلاة والسلام للحضرمي : «**ألك بينة** » ؟ قال : لا ، قال : « **فلك يمينه** » ، قال : يا رسول الله ﷺ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء ، فقال : « **ليس لك منه إلا ذلك** » ، فانطلق ليحلف فقال ﷺ : « **أما الذي حلف على مال يأكله ظلمًا ليلقين الله تعالى وهو عنه غير راض** » .

م: (**سأل**) ش: أي النبي ﷺ عن المدعي والمدعى عليه م: (**ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال**) ش: عن البينة أولاً م: (**ليمكنه الاستحلاف**) ش: أي فيمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه، م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن أحضرها**) ش: أي فإن أحضر المدعى البينة على وفق دعواه م: (**قضى بها**) ش: أي قضى القاضي بالبينة م: (**لانتفاء التهمة عنها**)

وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، ولابد من طلبه لأن اليمين حقه ، ألا ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلابد من طلبه .

ش: أي عن الدعوى لرجحان جانب المصدق في خبر المدعي بالبينة ، م: (**وإن عجز عن ذلك**) ش: أي وإن عجز المدعي عن الإثبات بالبينة ، م: (**وطلب يمين خصمه**) ش: رهو المدعى عليه م: (**استحلفه عليها**) ش: أي على دعواه م: (**لما روينا**) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « **لك يمينه** » م: (**ولابد من طلبه**) ش: أي من طلب المدعي استحلاف خصمه ، م: (**لأن اليمين حقه**) ش: ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أنه كيف أضيف إليه؟**) ش: أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي؟ ، إنما ذكر أضيف وإن كان مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تأويل القسم أو الحلف م: (**بحرف اللام فلابد من طلبه**) ش: أي لام الاختصاص ، ففي قوله عليه الصلاة والسلام : « **فلك يمينه** » ، نعلم أن اليمين حقه .

* * *

باب اليمين

وإذا قال المدعي:لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة -رحمه الله- معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يستحلف ، لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا ، فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيما ذكره الخصاف ، ومع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي - رحمه الله -

---

م: (باب اليمين)

ش:أي هذا باب في بيان أحكام اليمين ، قال الأترازي -رحمه الله- : ما كان يحتاج هنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متواليًا ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين ، قلت: الذي رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها .

قال أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: قال المصنف -رحمه الله- : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري : م: (**حاضرة في المصر**) ش: واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالإجماع ، وإن طلب الخصم واحترز به أيضًا عما إذا كانت البينة غائبة عن المصر ، فحينئذ يستحلف بالاتفاق .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يستحلف؛ لأن اليمين حقه بالحديث المعروف**) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « **لك يمينه** » ، وقد مر عن قريب ، م: (**فإذا طالبه**) ش: أي فإذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين م: (**يجيبه**) ش: أي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- : أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا**) ش: إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام : « **ألك بينة ؟** » فقال: لا ، قال : « **لك يمينه** » .

فإنه عليه الصلاة والسلام رتب اليمين على فقد البينة ، م: (**فلا يكون حقه دونه**) ش: أي لا تكون اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة ، يعني لا تكون ولاية الاستحلال دون العجز عن إقامة البينة ، م: (**كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس**) ش: أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف ، م: (**ومحمد مع أبي يوسف -رحمهما الله - فيما ذكر الخصاف ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي- رحمه الله -**) ش: وأنكر الأترازي-رحمه الله- على المصنف في جعل محمد -رحمه الله - مع أبي يوسف -رحمه الله - فيما ذكره الخصاف ، فقال : لأن الخصاف لم يذكر

قال: ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » قسم، والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء

الخلاف في «أدب القاضي» إلا بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، ولم يذكر لمحمد -رحمه الله- قولاً .

وكذلك فعل أبو بكر الرازي -رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» للخصاف ، ولم يذكر قول محمد-رحمه الله - أصلاً، وكذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوري في «تهذيب أدب القاضي »للخصاف ، فقال: ولم يذكر الخصاف قول محمد -رحمه الله-، ثم قال : وذكر أبو علي بن موسى : إن قول محمد -رحمه الله - مع أبي يوسف -رحمه الله- فيما روى عبد الرحمن البزدي وغيره من أصحاب محمد-رحمهم الله - .

وأنكر الأترازي أيضًا عليه في جعل محمد -رحمه الله- مع أبي حنيفة -رحمه الله-فيما ذكره الطحاوي، ثم قال : لأن الطحاوي ذكر هذه المسألة في «مختصره» وذكر الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله-، ثم قال : ولم نجد هذه الرواية عن محمد -رحمه الله-، وأنكر الرواية عن محمد -رحمه الله- أصلاً ومع هذا كيف يدعي صاحب «الهداية» أن محمداً مع أبي حنيفة -رحمهما الله - فيما ذكره الطحاوي -رحمه الله-؟ . قلت: لا وجه لهذا الإنكار ، لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً -رحمه الله- مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره.

م: (قال:) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**ولا ترد اليمين على المدعي**) ش: ،وقال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله - في رواية : ترد ، وقول أحمد -رحمه الله- في الظاهر كقولنا، م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام:**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**البينة على المدعي ، واليمين على مَنْ أنكرَ**) ش: الحديث أخرجه البيهقي في «سننه» عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله ﷺ : « **لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر** » .

وروى محمد بن الحسن -رحمه الله-عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده-رضي الله عنهم - عن النبي ﷺ أنه قال : « **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** » وجه الاستدلال به هو: ما قال المصنف -رحمه الله - بقوله : م: (**قسم**) ش: أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين، فجعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر، م: (**والقسمة تنافي الشركة وجعل**) ش: أي النبي ﷺ م: (**جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء**) ش: بيانه : أنه ذكر اليمين محلى بالألف والام وأنه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود .

ويقال : جعل البينة حجة جنس المدعين ، واليمين حجة جنس المنكرين ، فتكون جميع الأيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين ، فيكون ذلك نسخًا للحديث المشهور ، ولأنه عمل به الأئمة ، وأنه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس ،م: **(وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله -)** ش: قد ذكرنا رد حجته ومن معه في مسألة القضاء بشاهد ويمين .

روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - حديث ابن عباس - رضي الله عنه - : « **أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد** [1] » والجواب عنه من وجهين ، أحدهما : أنه معلول بالانقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس - رضي الله عنه - ، وقال الترمذي في «علله الكبير» : إن هذا الحديث قاله عمرو بن دينار ولم يسمعه من ابن عباس - رضي الله عنه - .

وقال ابن القطان في كتابه : والحديث وإن كان مسلمًا أخرجه عن قيس بن سعد وعمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، ولكنه يروى بالانقطاع ، وقال الطحاوي : وقيس بن سعد لا نعلمه إلا بحديث عمرو بن دينار .

الوجه الثاني : أن هذا على صحته لا يفيد العموم . قال الإمام فخر الدين -رحمه الله- : قول الصحابي : نهى رسول الله ﷺ عن كذا ، وقضى بكذا لا يفيد العموم ، لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية ، والمحكي قد يكون خاصًا وأيضًا فالقضاء له . . قد وجد البياض في السختين . . . . ، أقر بها إلا في هذا الموضوع فعل الخصومات ، وهذا مما يتعين به الخصومات ، إذ لا يتأتى فيه الحكم يعمل من شاهد النبي ﷺ إلى قيام الساعة ، بل إنما يقتضي شاهد خاص .

فإن قلت : روى سهل بن أبي حثمة -رحمه الله- في القسامة أن رسول الله ﷺ قال للأنصار : « **تبرئكم يهود بخمسين يمينًا** » فقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ ، فقال رسول الله ﷺ : « **أتحلفون وتستحقون ؟** » .

فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز ، والجواب : أنه لا دليل فيه لخصم ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم ، بدليل أن اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه ، واليهود لم يمتنعوا من اليمين ، وإنما قالت الأنصار : لا نرضى بأيمانهم ، فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله-م: **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق)**

(١) رواه مسلم [٣٦٠٨] .

وبينة الخارج أولى ، وقال الشافعي -رحمه الله -: ويقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد ، فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير. ولنا :أن بينة الخارج أكثر إثباتًا أو إظهاراً

ش: وأراد بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب ، بأن يقول « هذا ملكي» ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك ، لأن المطلق ما يتعرض الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، فلذلك قيد به احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج ، وبسبب لا يتكرر ، وعن ماذا ادعيا الملك من واحد وأحدهما قابض ؟ ، وعن ماذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق؟ ، فإن هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع .

فإن قلت : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه؟ . **قلت** : نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج ، والقبض ، وسبق التاريخ ، فهو من تلك الجهة مدعى عليه ، والبينة للمدعي .

فإن قلت : فهل تجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ، قلت : لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة ، وها هنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في ملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بهما ذو اليد مدعيًا .

م: (**وبينة الخارج أولى**) ش: إن أقاما بينة م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يقضي ببينة ذي اليد**) ش: وبه قال مالك -رحمه الله-والقاضي منه من أصحاب أحمد -رحمه الله-، وقول أحمد -رحمه الله-كقولنا

: م: (**لاعتضادها باليد**) ش: أي لتقوية البينة باليد ، إذ اليد دليل الملك م: (**فيتقوى الظهور**) ش: لأن بينة الخارج أكثر إثباتًا م: (**وصار**) ش: أي وصار حكم ذي اليد بالقضاء بينة م: (**كالنكاح**) ش: بأن ادعى نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد بالإجماع م: (**والنتاج**) ش: بأن أقاما بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد .

م: (**ودعوى الملك مع الإعتاق**) ش: بأن ادعى عبدًا في يد رجل وأقام بينة أنه عبده وأعتقه وأقام ذو اليد بينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى ، م: (**والاستيلاء**) ش: بأن ادعى أنها أمته استولدها وهي في يد أحدهما فبينة ذي اليد أولى ، م: (**والتدبير، ولنا :أن بينة الخارج أكثر إثباتًا**) ش: بأن ادعيا أنه عبده ومدبره فبينة ذي اليد أولى في كل وجه ، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه ، بل من وجه ، لأن اليد دليل الملك ، ولهذا لو رأى عينًا في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك جاز لمن رأى أن يشهد بالملك له م: (**أو إظهاراً**) ش: يعني في الواقع ، فإن بينته تظهر ما كان ثابتًا في الواقع .

؛لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبته ببينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه ،وكذا على الإعتاق وأختيه ، وعلى الولاء الثابت بها .قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه ، وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي به

م: (**لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبته ببينة ذي اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك**) ش: فبينته لا تثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك وتظهره ، وما هو أكثر إثباتًا ، من البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه ، فإن قيل : بينة الخارج تزيل ما أثبته ذو اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ، ولا يلزم تحصيل الحاصل ، أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها ، فقبله يكون الملك ثابتًا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور ، فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد .

م: (**بخلاف النتاج ، لأن اليد لا تدل عليه**) ش: فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكان كل واحد من البينتين للإثبات فترجح إحداهما باليد، م: (**وكذا على الإعتاق وأختيه**) ش: أى وكذا اليد لا تدل على أختي الإعتاق ، وهما التدبير والاستيلاد فتعارضه بينة الخارج ، وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد م: (**وعلى الولاء الثابت بها**) ش: أي بالإعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه : أن البينتين في الإعتاق وأختيه يدلان على الولاء ، إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما ، وهما استويا في ذلك، وترجح صاحب اليد بحكم يده ، ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلمًا أو ذميًا ، أو عبدًا أو حرًا أو امرأة أو رجلاً ، والمدعى عليه كذلك والمدعي به كذلك أي مال كان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول**) ش: أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول م: (**وألزمه ما ادعى عليه**) ش: أي ألزم القاضي المدعى عليه بما ادعى عليه المدعي ، وفي بعض النسخ : ولزمه، م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - يقضي به**) ش: أي بالنكول م: (**بل ترد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي به**) ش: أي إذا حلف المدعي يقضي له بما يدعيه .

وفي «التفريع» للمالكية : وإذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة ، فإذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه وبرئ ، فإن نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول ، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه ، فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء، انتهى.

وروي عن أحمد أنه قال : إذا نكل المدعى عليه حبسته أبدًا حتى يحلف فيبرأ ، أو يقر

لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه .ولنا: أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعًا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه . قال :وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه ، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء،

فيحكم عليه ، وبقولنا قال سفيان بن سعيد الثوري، م: (**لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة**) ش: أي عن اليمين الصادقة م: (**واشتباه الحال**) ش: يعني ويحتمل أن يكون الحال مشتبهة عليه ، لا يدري أصادق في الإنكار فيحلف ، أو كاذب فيمتنع، م: (**فلا ينتصب**) ش: أي يمين المدعي عليه م: (**حجة مع الاحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور**) ش: لما كانت يمين المدعي عليه ، وينكر له ، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي ، فإذا كان كذلك م: (**فيصار إليه**) ش: أي إلى المدعي .

م: (**ولنا: أن النكول**) ش: أي نكول المدعى عليه م: (**دل على كونه باذلاً**) ش: أي كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله-، م: (**أو مقرًا**) ش: أي كان إقراراً كما هو مذهبهما م: (**إذ لولا ذلك**) ش: أي لولا أن اليمين بذل أو إقرار م: (**لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب**) ش: لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله ﷺ « **واليمين على من أنكر** » وكلمة «على» للوجوب م: (**ودفعًا للضرر عن نفسه**) ش: وهو بذل المال م: (**فترجح هذا الجانب**) ش: أي جانب كون الناكل باذلاً ومقرًا على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعًا ، أو نحو ذلك .

م: (**ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه**) ش: إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام : «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر** »، وفي «المبسوط» و«الأسرار» : مذهبنا مؤيد بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك ، فإن قيل : كيف يكون إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر ؟ .

قلت : وروي عن علي - رضي الله عنه - في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال : ليس لك عليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدي علي - رضي الله عنه- ، فقال له علي : قالون، بلغة الروم ، أي : أصبت .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**وينبغي للقاضي أن يقول له**) ش: أي للمدعى عليه م: (**إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا ، فإن حلفت وإلا فقضيت عليك بما ادعاه**) ش: أي المدعي م: (**وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء**) ش: أي الحكم بالنكول موضع الخفاء لأنه

قال: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر ، وأما المذهب إنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح ، والأول أولى ، ثم النكول قد يكون حقيقيًا كقوله - لا أحلف - وقد يكون حكميًا بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

مجتهد فيه ، ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه النكول .

م: (**قال: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول ، وهذا التكرار ذكره الخصاف**) ش: لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل ، بل إذا قضى بالنكول مر ة جاز ، وإنما ذكره الخصاف -رحمه الله-م: (**لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر**) ش: فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام م: (**وأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه**) ش: إشارة إلى ما ذكر إذ النكول دل على كونه باذلاً أو مقرًا ، كذا قاله الأترازي، والكاكي، والأكمل - رحمهم الله - .

وقال تاج الشريعة : قوله : م: (**لما قدمنا**) ش: يعني أنه لولا كونه كاذبًا لأقدم على اليمين إقامته للجواب م: (**هو الصحيح**) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : احتراز عن قول الخصاف فإنه يشترط التكرار ، وقال الأكمل : احتراز عما قيل - لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ وهذا هو الأوجه، م: (**والأول أولى**) ش: أي ما ذكره الخصاف أولى ، كما في الإمهال للمرتد ، فإن قتل بلا إمهال جاز .

وفي «الكافي» : والتقدير بالثلاث في العرض لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد -رحمه الله- ، وبه قال أحمد والجمهور - رحم الله الجميع - على أنه للاحتياط ، وبه قال مالك والشافعي -رحمه الله- ، م: (**ثم النكول قد يكون حقيقيًا كقوله: لا أحلف ، وقد يكون حكميًا بأن يسكت وحكمه**) ش: أي حكم السكوت م: (**حكم الأول**) ش: وبه قال الثلاثة م: (**إذا علم أنه لا آفة به من طرش**) ش: بفتح الراء من يطرش طرشًا ، من باب علم ، أي صار أطروشًا ، وهو الأصم، والطرش أهون من الصمم م: (**أو خرس**) ش: بفتح الراء ، وهو آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً م: (**هو الصحيح**) ش: أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل - لا أحلف .

فقال بعض أصحابنا : إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي : هل به خرس أو طرش ؟فإذا قالوا : لا ، جعله ناكلاً ، وقضى عليه، ومنهم من قال : يحبس حتى يجيب ، والأول هو الصحيح ، كذا في «شرح الأقطع» ، وفي «الفصول » : لو كان استحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند القاضي قاطعة لها .

ولو قال المدعي : إن حلف المدعى عليه فأنا بريء ، أو قال : فدعواه باطلة لا تبطل دعواه ،

قال : وإذا كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان،

حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بينته ، وفي «المبسوط» : بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم ، ولسنا نأخذ بذلك ، وإنما نأخذ فيه بقول عمر - رضي الله عنه - ، فإنه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه ، وبه قالت الثلاثة .

وفي «النوازل» : لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لكي جمعها في يمين واحدة ، وفي «التتمة» : لو ادعى دينًا في التركة وصلت في يد هذا يحلف بالله وحده ، بالله ما وصل إليه شيء من التركة ولا يعلم أن له دينًا على أبيه ، وقيل : يحلف يمينين على الوصول على البتات ، وعلى الدين على العلم ، وبه قال عامة المشايخ ، وأجمعوا : أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإن كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة وبالعكس ، فلا استحلاف فيه عنده .

م: (**ولا يستحلف عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-م: (**في النكاح**) ش: سواء كان الرجل مدعيًا أو المرأة ،م: (**والرجعة**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في الرجعة ، بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعًا في العدة ، وهي تجحد أو ادعت هي كذلك وهو يجحد ،م: (**والفيء في الإيلاء**) ش: أي ولا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضًا ، بأن ادعى بعد مضي هذه الإيلاء أنه فاء إليها في المدة وهي تجحد ، أو ادعت المرأة كذلك وهو يجحد م: (**والرق**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده أو ادعى مجهول النسب، م: (**والاستيلاء**) ش: بأن ادعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه وأنكر المولى ، ولا يتصور العكس من قبله عليها ، لأن الاستيلاد يثبت بإقراره .

م: (**والنسب**) ش: أي ولا يستحلف في الولاء أيضًا بأن ادعى على معروف النسب أنه معتقه أو بالعكس م: (**والولاء**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في النسب ، بأن ادعى الوالد على الولد وأنكر الآخر م: (**والحدود واللعان**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا فيهما .

أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر : لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف بالإجماع، لأنه يندرأ بالشبهات ، إلا إذا تضمن حقًا بأن علق عتق عبد بالزنا، وقال : إن زنيت فأنت حر ، وادعى العبد : أنّي زنيت ، ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة الاستيلاد: أن تقول الجارية: أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى؛ لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها، لهما أن النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذبًا في الإنكار على ما قدمناه إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب، فكان إقرارًا أو بدلاً عنه.

دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في «أدب القاضي».

وقال القدوري -رحمه الله- في «شرح كتاب الاستحلاف»: وقد قالوا إنه يستحلف في التعزير لأنه في حكم الأموال، وهذا يصح فيه العفو والإبراء، وقال القدوري فيه أيضًا: قال أبو حنيفة -رحمه الله-: وإذا تعلق بهذه الأشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وإن كان لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح والمهر، والرجل إذا ادعى النسب والنفقة.

أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفًا يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف بالإجماع، فإنه في معنى الحد.

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان**) ش: فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا، وبقولهما قال الشافعي -رحمه الله-، لكن عنده: يجري في حد القذف والقصاص، ولا يجري في الحدود الخالصة.

وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -: لا يجري التحالف إلا فيما لا يثبت إلا بشاهدين، وعن أحمد -رحمه الله- في رواية: يجري في القصاص وحد القذف والطلاق، والعتاق م: (**وصورة الاستيلاد: أن تقول الجارية: أنا أم ولد مولاي وهذا ابني منه، وأنكر المولى؛ لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها**) ش: ، وإنما ذكر صورة الاستيلاد فقط لأن في الباقي من صورة التنازع فيه الدعوى في الجانبين سوى هذه الصورة، وقد مر الكلام فيه م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبًا في الإنكار**) ش: السابق م: (**على ما قدمناه**) ش: يعني قوله: (**إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب**) ودفعًا للضرر عن نفسه.

م: (**فكان**) ش: أي النكول م: (**إقرارًا أو بدلاً**) ش: بفتح الدال المهملة، أي خلفًا م: (**عنه**) ش: أي عن الإقرار، وهذا في الحقيقة جواب عن شبه، ترد على كون النكول إقرار عندهما. أحدها: ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني، ثم وجد به عيبًا فخاصمه في النصف الأول فنكل، ولو كان النكول إقرارًا لزمه النصف بنكوله في المرة الأولى، كما لو أقر في تلك المرة، وأجيب: بأن النكول ليس بإقرار في نفسه، ولكن يجعل مقام الإقرار خلفًا عنه لقطع

والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد، ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذبًا في الإنكار، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ،

الخصومة ، فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة ، فكان كالإقرار في المرة الأولى لا في الثانية .

الشبهة الثانية : الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فإنه يلزم الموكل، ولو جعل إقرارًا للزم الوكيل كما في الإقرار به ، وأجيب: بأنه وإن كان الإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع ، بحيث لا اختيار أمر الموكل أدخله فعليه خلاصه ، أما إذا أقر فهو شيء لزمه باختيار الإقرار، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول فيلزمه الضمان ، ولا يرجع به على الموكل .

الشبهة الثالثة: هي ما إذا كفل بما وجب على فلان ، فادعى المكفول له مالاً على فلان فنكل فلان لا تقضى بالمال على الكفيل ، ولو كان المنكول إقرارًا لقضي به على الكفيل كما لو أقر ، وأجيب: أن أبا يوسف ومحمدًا - رحمهما الله - يقولان : إن النكول يدل على الإقرار في قطع الخصومة ، لأنه يكون إقرار حقيقة ، ولهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار ، كذا في «المبسوط» وغيره .

وذكر الأكمل هذه الشبهة بقوله« وعليه تفرض إجمالية »م: (**والإقرار يجري في هذه الأشياء**) ش: المذكورة م: (**لكنه إقرار فيه شبهة**) ش: هذا جواب من يقول « لو كان النكول إقرارًا ينبغي أن يجب الحد »، فأجاب بقوله: فإنه إقرار فيه شبهة، م: (**والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد**) ش: لأنه قائم مقام القذف في حق الزوج ، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة ، وقد مر ذلك في اللعان .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى -: أنه**) ش: أي أن النكول م: (**بذل**) ش: وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة ، فلا يقضى فيها بالنكول ، كالقصاص في النفس وعليها الأموال م: (**لأن معه**) ش: أي مع البذل م: (**لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود**) ش: ولا تبقى لليمين فائدة ، وتحقيق الكلام ها هنا : أن النكول وإن كان بدلاً لكنه يحتمل أن يكون كذبًا م: (**وإنزاله باذلاً أولى**) ش: حملاً لحاله على الصلاح م: (**كي لا يصير كاذبًا في الإنكار**) ش: السابق لأنه كان أنكر أولاً فلا يظن بينكم الكذب فجعل بذلاً .

م: (**والبذل لا يجري في هذه الأشياء**) ش: أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها ، فإذا كان كذلك لا يقضي فيها بالنكول ، فإنه إذا قال مثلاً: أنا حر وهذا الرجل يؤويني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني ، أو قال: أنا ابن فلان ، ولكن أحب أن يدعي نسبي، أو قالت : أنا لست

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقًا لنفسه ، والبذل معناه ههنا ترك المنع ، وأمر المال هين . قال: ويستحلف السارق ، فإن نكل ضمن ولم يقطع

بامرأته ، لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح ، م: (**وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول**) ش: يعني أن البذل فيها لا يجري وفات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدة القضاء بالنكول ، والنكول بذل والبذل فيها لا يجري .

م: (**فلا يستحلف**) ش: فيها لعدم الفائدة م: (**إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال : إن النكول لو كان بدلاً ينبغي أن لا يملكه المكاتب والمأذون لأنهما لا يملكون البذل ، فأجاب بقوله : م: (**فيملكه المكاتب والعبد المأذون**) ش: له يحتمل م: (**بمنزلة الضيافة اليسيرة**) ش: وتقدير الجواب : أنهما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي ، وإن كان لا يملك أنه بانفراده كالضيافة منهما لأنها من توابع التجارة، م: (**وصحته في الدين**) ش: أي صحة القضاء بالنكول م: (**بناء على زعم المدعي**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقال : لو كان النكول بدلاً لم يصح القضاء بالنكول في الدين ، لأن البذل لا يتحقق فيه ، لأن الدين وصف ثابت في الذمة ، والبذل لا يجري فيه .

وتقرير الجواب : أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي م: (**وهو ما يقبضه حقًا لنفسه**) ش: تقرير هذا : أن البذل لم يصح في الدين فيما يكون من جهة القابض ، ومن جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع لأنه يقبضه حقًا لنفسه بناءًا على زعمه وإن كان الثاني وهو قوله : م: (**والبذل معناه ههنا**) ش: أي في الدين م: (**ترك المنع**) ش: وجاز له أن يترك المنع م: (**وأمر المال هين**) ش: جواب عما يقال : فهلا جعل أيضًا في الأشياء ، والسبعة المذكورة تركًا للمنع ،فأجاب: بأن أمر المال هين أي سهل، لأنه خلق في الأصل مباحًا مبذلاً لمصالح الناس ، ولم يصح في الأشياء السبعة ، لأن أمرها ليس بهين .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» : م: (**ويستحلف السارق**) ش: يعني إذا كان مراد المسروق منه المال يستحلف بالله ما له عليك هذا المال ، لأنه يثبت بالشبهات ، فجاز أن يثبت بالنكول .

م: (**فإن نكل ضمن ولم يقطع**) ش: ولاخلاف فيه ، وقال القدوري - رحمه الله - في «شرح كتاب الاستحلاف» : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف شيء من الحدود، لا في الزنا ، ولافي السرقة ولا في القذف ، ولا شرب الخمر ،ولا السكر ، إلا أنه طالب المسروق منه

لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه المنكول ، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان. قال : وإذا ادعت المرأة طلاقًا قبل الدخول ، استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا ، لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيما إذا كان المقصود وهو المال ، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب ، إذا ادعى حقًا كالإرث ، والحجر في اللقيط

ضمان المال ، استحلف ، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطع ، ه م: (**لأن المنوط بفعله**) ش: أي لأن المتعلق بفعل السارق م: (**شيئان**) ش: أحدهما : م: (**الضمان**) ش: أي ضمان المال م: (**ويعمل فيه المنكول**) ش: يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل ، ويثبت بها فيه شبهة ، م: (**والقطع**) ش: والثاني : القطع .

م: (**ولا يثبت به**) ش: أي ولا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل بالنكول ، لأنه لا يجري البذل في الحدود ، ولا يثبت بما فيه شبهة الإقرارم: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا شهد عليه**) ش: أي على السرقة م: (**رجل وأمرأتان**) ش: حيث يثبت المال فلا يثبت القطع .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا ادعت امرأة طلاقًا قبل الدخول**) ش: وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل طلاق الدخول حتى يعلمهم أن الدعوى في كل المهر أو نصفه سواء كان دعوى المهر في ضمن أو بدونه هذا ، قاله الكاكي - رحمه الله - .

وقال الأكمل : فيه نظر ، لأن الطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقيد بذلك م: (**استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا ؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيما إذا كان المقصود هوالمال ، وكذا في النكاح**) ش: أي وكذا يجري الاستحلاف إذا كان دعوى المال في النكاح ، وهو معنى قوله م: (**إذا ادعت هي الصداق ، لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح**) ش: في النكاح .

فإن قلت : وجب أن يثبت النكاح أيضًا لأنه يثبت بالشبهات؟ .

قلت : البذل لا يجري فيه كما ذكرنا .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يستحلف م: (**في النسب إذا ادعى حقًا كالإرث**) ش: بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخ المدعي عليه ، مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه ، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فإنه يستحلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب م: (**والحجر في اللقيط**) ش: أي وكذا إذا ادعى الحجر في اللقيط إن كان صبي لا يعبر عن نفسه في يده ملتقط ، فادعت إخوته إمرأة تريد قصر يد

والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما ، إذا كان يثبت بإقراره ، كالأب والابن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة ؛ لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما.

لملتقط لحق حضانتها ، وأرادت استحلافه فنكل ، ثبت لها الحجر دون النسب .

م: (**والنفقة**) ش: بأن ادعى النفقة بسبب الإخوة وهو زمن ، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فإن حلف برئ وإن نكل يقضي بالبينة بالنفقة ، ولا يقضى بالنسب م: (**وامتناع الرجوع في الهبة**) ش: ، أي وكذا يستحلف في إمتناع الرجوع في الهبة ، صورته أن الواهب أراد الرجوع فقال الموهب له : أنا أخوك فلا رجوع لك ، فالواهب يستحلف ، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب .

م: (**لأن المقصود هذه الحقوق**) ش: هذا دليل «المجموع »، أي لأن المقصود في الصور المذكورة إثبات المال ، فعند النكول يثبت المال ولا يثبت النسب ، لأن فيه تحميل له على الغير ، وهو لا يجوز ،م: (**وإنما يستحلف في النسب المجرد**) ش: قيد به إحترازاً عما هو مقرون بدعوى المال ، فإنه يثبت المال ولا يثبت النسب م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - ،م: (**إذا كان يثبت بإقراره**) ش: المدعى عليه ، فإن النكول عندهما إقرار .

بيان ذلك في قوله : م: (**كالأب والابن في حق الرجل**) ش: فإن إقراره يصح بالأب والابن م: (**والأب في حق المرأة**) ش: كما إذا ادعت انه أبوها م: (**لأن في دعواها الابن**) ش: أي في إقرارها به م: (**تحميل النسب على الغير**) ش: فلا يجوز ، حاصله : أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين ، والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما قلنا .

وإقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين ، والولد ، والزوجة والمولى ، لأنه أقر بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم م: (**والمولى والزوج في حقهما**) ش: أي في حق الرجل والمرأة ، وهو متعلق بقوله : والمولى والزوج جميعًا ، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعًا بالمولى والزوج يصح .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في «مبسوطه» : الأصل في هذا الباب أن المدعى عليه النسب إذا أنكر هل يستحلف ، إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه فاستحلف عندهم جميعًا ، لأن اليمين لا تفيد ، فإن فائدة اليمين النكول ، حتى يجعل النكول بدلاً وإقرارًا فيقضى عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعًا إن كان المدعى عليه حيث لو أقر به لزمه ما أقر به ، وإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ؟ ، فالمسألة على الاختلاف، عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف، وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : يستحلف، فإن حلف

قال : ومن ادعى قصاصًا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصًا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال : أقطع يدى ، فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل ، إلا أنه لا يباح

برئ عن الدعوى وإن نكل عن اليمن لزمته الدعوى ، فعلى هذا الأصل يخرج مسائل الباب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م: (**ومن ادعى قصاصًا على غيره فجحده استحلف بالإجماع**) ش: ولا خلاف فيم: (**ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص**) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبه قال القاضي ومالك - رحمهما الله - بعد حلف المدعي ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ،م: (**وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس ، والنكول في النفس .

م: (**وقالا:**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**لزمه الأرش فيهما**) ش: أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعًا ، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : هو في معنى البذل ، وعندهما في مضى إقرار فيه شبهة ، لأنه لم يصرح بالإقرار، وهومعنى قوله : م: (**لأن النكول إقرار فيه شبهة)** ش: أي شبهة البدلية ، أو شبهة الإقرار ، لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار م: (**عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصًا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه**) ش: قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ، ولا المال أيضًا ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة ، حيث لا يقضى بشيء ، فامتنع القصاص ، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله : م: (**كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد**) ش: يجب المال وبعكسه لا يجب .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله -:أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال**) ش: لأنها خلقت وقاية النفس ، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب ، أي فيه البذل ، كما في الأموال م: (**بخلاف الأنفس**) ش: حيث لا يجري البذل فيها، وأوضح ذلك بقوله م: (**فإنه لو قال**) ش: أي فإن أحداً لو قال لآخر : م: (**اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان ، وهذا**) ش: أي عدم الضمان م: (**إعمال للبذل)** ش: وهو بذل مقيد لكونه دافعًا للخصومة م: (**إلا أنه لا يباح)** ش: جواب إشكال ، وهو أن يقال لو كانت الإطراف الأموال ، ينبغي أن يباع القطع بالبذل ، كما يباح المال بالبذل ،

لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة ، فصار كقطع اليد للآكله وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس ، واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة . قال : وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة قيل لخصمه :أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام ، كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا ، وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ؛ لأن فيه نظراً للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه

فأجاب : بأنه لا يباع القطع م: **(لعدم الفائدة)** ش: أي كما إذا قال له الغير ، احرق ثوبي ، أو أتلف مالي لا يباح لعدم الفائدة .

م: **(وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة)** ش: أي بهذا البذل م: **(فصار مقطع اليد للآكلة)** ش: على وزن الفاعلة ، وهي قرحة غائرة في البدن ينحر العفن ، وسببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد ، وأول علاجها استنزاع الخط السوداوي، م: **(وقلع السن للوجع)** ش: عطف على قوله : «تقطع اليد للآكلة» فإن القطع ها هنا مفيد ، فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلاف القطع السرقة ، فإن القطع فيها خالص حق الله تعالي ، فلا يثبت حق الشبهة .

م: **(وإذا امتنع القصاص في النفس)** ش: لكونه حق الله تعالى خالصًا ، ولا يجري البذل في حقوقه م: **(واليمين حق مستحق عليه يحبس به)** ش: أي بحق اليمين ، قاله الكاكي ، وقال الأترازي : -رحمه الله- : بالحق المستحق م: **(كما في القسامة)** ش: ، فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحسبون حتى يقروا أو يحلفوا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة ، قيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه)** ش: أي حق المدعى ، وقد اختلف السلف في أخذ الكفيل .

وروي قتادة والشعبي : أنه لا يجوز ، وروي عن إبرهيم النخعي : أنه يجوز م: **(والكفالة بالنفس جائزة عندنا)** ش: وهذا استحسان كما يجيء وبه أخذ علماؤنا ، والقياس : أنه لا يجوز كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- ، لأنه مجرد الدعوى ليس سبب الاستحقاق م: **(وقد مر من قبل)** ش: أى في أول كتاب الكفالة ، وعند الشافعي-رحمه الله- : لا تجوز الكفالة بالنفس م: **(وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا)** ش: قيد به ، لأن في القياس أن لا يؤخذ كفيل قبل إقامة البينة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- .

م: **(لأن فيه)** ش: أى في أخذ الكفيل م: **(نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق)** ش: أي على المدعي م: **(عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه)** ش: بلفظ المجهول

ويحال بينه وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه ، والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب

في الإعداد ، يقال : استعدي فلان الأمير علي في ظلمه ، أن استعان به ، فأعداه الأمير أن أعانه عليه ونصره .

وفي «المبسوط» : الأشخاص إلي بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر له ، وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعي عليه ، لأنه إن لم يكن من فعل الاختفاء لا يتضرر به ، وإن كان من قصد الاختفاء يكون ظالمًا فلا ينظر له .

م: (**ويحال**) ش: على صيغة المجهول بالنصب ، عطفًا على قوله : حتى يعدى عليه ، وهي من الحيلولة م: (**بينه**) ش: أي بين المدعي عليه م: (**وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإحضاره**) ش: وفي بعض النسخ : فتصح التكفيل م: (**والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الصحيح**) ش: واحترز به عما روى عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس م: (**ولا فرق في الظاهر**) ش: أي في ظاهر الرواية م: (**بين الخامل**) ش: بالخاء المعجمة . من خمل الرجل خمولاً إذا كان ساقط القدر م: (**والوجيه**) ش: وهو الذي له وجاهته وقدره بين الناس .

وروى عن محمد -رحمه الله- : إذا كان الرجل معروفًا ، الظاهر من حاله أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فإنه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، ولكنه أعطى بنفسه كفيلاً مختاراً يؤخذ منه ، وإن لم يعطه لا يجبره القاضي على ذلك، م: (**والخطير من المال**) ش: أي ولا فرق أيضًا بين الخطير وهو الذي له كثرة ، م: (**والحقير**) ش: أى بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

وعن محمد -رحمه الله- : إذا كان المال حقيراً لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر ولكنه إن أعطى من غير جبر يقبل وإلا فلا ، ولو ادعى أنه معسر فإن القاضي يحكم فيه الزي إلا إذا كان المرء من العلماء أو من المعادية لأنهم يتكلفون في لبساهم مع فقرهم ، فأما في حق الغير بحكم الزي ، وإن كان زي الفقر كان القول قوله : وإن كان عليه زي الأغنياء لا يكون القول قوله ، وتحكيم الثياب والزي جائز ، قال الله تعالى : ﴿ **إن كان قميصه قد من قبل ......** ﴾ الآيتين(يوسف : الآيتين ٢٦ ، ٢٧) ، فعلم أن تحكيم العلامة جائز .

م: (**ثم لا بد من قوله: لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعى لا بينة ليأ أو شهودي غيب**) ش: أي لو قال : شهودي غيب ، بفتحتين على التخفيف، وهو جمع غائبة ، مثل

لا يكفل لعدم الفائدة . قال: فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه ،إلا أن يكون غريبًا فيلازم مقدار مجلس القاضي ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما ،

خدم وخادم ، ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الباب ، وهو أيضًا جمع غائب على القياس م: (**لا يكفل لعدم الفائدة**) ش: لأن الفائدة هي الخصومة عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ، كالغائب والهالك من وجه ، إذا ليس كل غائب يؤوب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن فعل**) ش: أي فإن أعطى الكفيل م: (**وإلا أمر**) ش: أى وإن لم يعط م: (**بملازمته**) ش: أى سار معه حيث سار م: (**كيلا يذهب حقه**) ش: أي حق المدعي .

م: (**إلا أن يكون غريبًا**) ش: إلا أن يكون المدعى عليه غريبًا حال كونه على الطريق ، أي مسافرًا فإذا كان كذلك م: (**فيلازم مقدار مجلس القاضي**) ش: ، لأن هذا القدر لا يقطعه عن المرفقة ويحصل النظر للمدعى .

فأما في إمساكه على باب القاضي يومًا أو أكثر ليحضر المدعى بينة ضرر على المطلوب ، فإذا جاء أو أن قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء .

فإن اختلف المطالب والمطلوب وقال المطلوب : أنا مسافر وقال المطالب : إنه لا يريد السفر ففيه أقوال .

قال بعضهم : القول قول المدعي لأنه يتمسك بالأصل ، وهو الإقامة والسفر عارض ، وقال بعضهم : فالقاضي يسأله مع من يريد السفر ، فإن أخبره مع فلان فالقاضي يبعث إليه من يسأله ، هل أستعد للخروج معكم ، فإن قالوا : نعم ، يقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فإن أحضر المدعى بينة في هذه المدة وإلا خلي سبيل المطلوب ، وإن لم يعلم من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد ، فقلنا بأنه يجبره على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام .

م: (**وكذا لا يكفل إلى آخر المجلس**) ش: أي إلى آخر مجلس القاضي م: (**فالاستثناء**) ش: أى الاستثناء المذكورة بقوله-إلا أن يكون غريبًا- م: (**منصرف إليهما**) ش: أي إلى الملازمة والتكفيل ، وهذا التقدير إنما يحتاج إليه على رواية القدوري -رحمه الله - لأنه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة ومدتها ، ولا الكفيل ومدته .

فإن فعل والأمر بملازمته إلا أن يكون غريبًا على الطريق ، وأما ها هنا قد ذكر الملازمة مدتها ومدة التكفيل ، فلا يحتاج إلى قوله«والاستثناء منصرف» لأنه ذكر محمد -رحمه الله- مدة كل

لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

واحد باستثناء واحد .

م: (**لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك**) ش: أي على مقدار مجلس القاضي م: (**إضراراً به**) ش: أى بالغريب الذي على الطريق م: (**بمنعه عن السفر**) ش: أى لمنع الكفيل إياه عن السفر والذهاب إلى منزله ، فيؤدى إلى إلحاق الضرر به . وإن كان المدعي يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ، وربما يكون صادقًا في الدعوى أو كاذبًا والموهوم لا يعارض المحقق، م: (**ولا ضرر في هذا المقدار**) ش: أي في مقدار مجلس القاضي م: (**ظاهراً**) ش: أى حيث الظاهر ، لأنه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة .

م: (**وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى**) ش: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويبعث أمينًا حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يحبسه في موضع لأن ذلك حبس ، وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه ولا يمنعه من الدخول إلى أهله .

لكن المطلوب يجلس على باب داره ، وفي «الفتاوي الصغرى» : المطلوب إذا أراد أي يدخل داره ، فأما أن يأذن للمدعى بالدخول معه أو يحبس معه على باب الدار، لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت المقصود من الملازمة .

* * *

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال : واليمين بالله عز وجل دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر » ، وقال عليـه السلام « من حلف بغيرِ الله فـقد أشرك » ، وقد يؤكد بذكـر أوصافه وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل: والله الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم مـن العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعـاه ، وهو كذا وكـذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغـليظ على هذاوله أن ينقص إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق عليه يمين واحدة ،

م: (فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

ش: أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين ، وكيفية الشيء صفته ولا ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون وفي أي موضع لا يكون .

شرع في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف م: (قال) ش: : أي القدوري -رحمه الله م: (**واليمين بالله عز وجل دون غيره**) ش: أي غير الله تعالى م: (**لقوله عليـه الصلاة والسلام :**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من كان منكم حالفًا فيحلف بالله أو ليذر**) ش: تقدم هذا الحديث في الأيمان

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام : «من حلف بغير الله فقد أشرك » ، وقد يؤكد**) ش: أي اليمين م: (**بذكر أوصافه**) ش: أي أوصاف الله تعالى ، هذا لفظ القدوري - رحمه الله - ، فقال المصنف -رحمه الله- : م: (**وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل :والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السـر والخفاء ما يعلم من العلانية مـا لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا ولا شيء منه**) ش:

وإنما ذكر : ولا شيء منه ، لجواز أنه قد أدى البعض ، ويذكر صفاته بدون حرفا العطف ، حتى لو قال : «والله» «والرحمن الرحيم» ، يكون أيمانًا .

م: (**وله أن يزيد في التغليظ على هذا**) ش: أي وللقاضي أو المحلف من جهد الزيادة في تغليظ الزيادة على هذا المذكور م: (**وله أن ينقص منه**) ش: أي عن المذكور ، وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ، ومنهم من يتجاسر ولا يبالي م: (**إلا أنه يحتاط**) ش: ، والمراد من الاحتياط ما ذكرنا من أنه بذكر الأسماء والصفات بدون حرف العطف.

م: (**كيلا يتكرر عـليه اليمين**) ش: لأنه ذكر الواو صارت أيمانًا كما ذكرنا ، م: (**لأن المستحق عليه يمين واحدة**) ش: فلا يزاد عليها .

والقاضي بالخيار إن شاء غلظ، وإن شاء لم يغلظ فيقول: قل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ،وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال : ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا ، وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسب الحلف بالطلاق قال :ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام ، لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور :« انشدك بالله الذي أنزل التوارة على موسى إن حكم الزنا في كتابكم هذا »

م: (**والقاضي بالخيار إن شاء غلظ ،وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله ، أو: والله ، وقيل : لا يغلظ على المعروف**) ش: أي الرجل المعروف م: (**بالصلاح ويغلظ على غيره**) ش: أي غير المعروف بالصلاح م: (**وقيل : يغلظ في الخطبر من المال دون الحقير**) ش: والمال الخطير هو المال العظيم ، وفي الإقرار إذا قال لفلان عليّ مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري –رحمه الله – : م: (**ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق**) ش: وفي «الفتاوى الصغرى» : التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه أكثر أصحابنا ، وأجازه البعض، وبه أفتى الإمام أبو علي بن الفضل بسمرقند .

ويفتي : أنه لا يجوز وإن مست الضرورة يجوز، فإذا بلغ المستفتي في الفتوى يفتي : أن الرأي إلى القاضي اتباعًا لهؤلاء السلف، وفي «خلاصة الفتاوي» : فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه ، وفي «الأصل» : لا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج م: (**لما روينا**) ش: ، أراد به الحديث المذكور .

م: (**وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم**) ش: بأن كان لحوحًا متفتًا لا يبالي باليمين بالله فحينئذ م: (**ساغ للقاضي أن يحلف**) ش: من التحليف م: (**بذلك**) ش: أي بالطلاق وبالعتاق .

م: (**لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى ، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق**) ش: وفي «الفصول» للأستروشني : لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي، وفي «المبسوط» : لأن الاستحلاف يغني عن الخصومة ، ولا خصم ولا شاهد ، وفي «الفصول» : ولو قال المنكر الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (**ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني**) ش: أي يحلف النصراني م: (**بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لابن صوريا الأعور : أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى ﷺ : إن حكم الزنا في كتابكم هذا »**) ش: هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود عن عبد

ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى، والنصراني بنبوة عيسى عليه السلام. فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد -رحمه الله - في الأصل.

الله بن مرة ، عن البراء بن عازب -رضي الله تعالى عنه - قال : مر على النبي ﷺ يهودي محمم، فدعاهم، فقال : «هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟» فقالوا : نعم ، فدعا رجلاً فقال له : «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام : هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ؟» فقال : اللهم لا ، فلولا أنك نشدتني بهذا لم أحدثك بحد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا : تعالى، فيمتنع على شيء الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم والرجم ، وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ :

« اللهم إني أول من أمضى أمرك أفأماتوه ، فأمر به فرجم» .قاله الشارح ، وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وكان أعلم من بقي منهم بالتوراة ، وقد صرح باسمه في «سنن أبي داود » .

وعن سعد عن قتادة ، عن عكرمة -رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال له : يعني لابن صوريا . . . الحديث ، وهذا مرسل .

وقال الأترازي -رحمه الله- : روي في «السنن» مسنداً إلى البراء بن عازب، ثم ذكر الحديث، وليس كذلك ، بل الحديث في «صحيح مسلم» كما ذكرناه، وإذا أراد «بالسنن »سنن أبي داود فليس بصحيح ، لأنه في «سنن أبي داود» معلقًا ، إن أراد غيره فما روي إلا عن جابر -رضي الله عنه- ، وأبي هريرة -رضي الله عنه - .

وصوريا بضم الصاد المهملة ، وكسر الراء بالقصر، وهو اسم أعجمي ، وهو ولد عبد الله كما ذكرنا ،قوله أنشدك من نشد ينشد ، من باب نصر ، وفي «المغرب» : نشد الضالة طلبها ، ومنه قولهم في الاستعطاف : نشدك وناشدتك الله وبالله ، أي سألتك بالله وطلبت إليك بحقه .

م: (**ولأن اليهودي يعتقد بنبوة موسى، والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام**) ش: أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام م: (**فيغلظ على كل واحد منهما**) ش: أي من اليهود والنصاري م: (**بذكر المنزل**) ش: بفتح الزاء م: (**على نبيه ، ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار**) ش: لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة ، فيحصل المقصود.

م: (**وهكذا ذكر محمد في الأصل**) ش: أي في «المبسوط» ، وكأنه وقع عند محمد -رحمه الله - : أن المجوس من يعظمون النار تعظيم العباد، فالمقصود من اليمين، وهي المنكول ، قال : يذكر في اليمين ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه، وهو اختيار بعض مشايخنا -رحمهم

ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في النوادر لأنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصًا ، وذكر الخصاف -رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، تعالى وهو إخبار بعض مشايخنا -رحمهم الله -؛لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين ، لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ (لقمان :الآية ٢٥) ،

الله -

م: (**ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في « النوادر» :لأنه**) ش: أي أن القاضي م: (**لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصًا**) ش: يعني لما يذكر غير اسم الله تعالى وصفاته ، لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار .

م: (**وذكر الخصاف-رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله إتعالى، وهو إخبار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها**) ش: أي تعظيم النار، م: (**وما ينبغي أن تعظم**) ش: أي النار م: (**بخلاف الكتابين**) ش: يعني التوراة والأنجيل.

م: (**لأن كتب الله تعالى معظمة**) ش: لأن الكتب الأربعة كلام الله عز وجل ، وتعظيمها واجب

م: (**والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾** (لفمان : ٢٥)

فإن قلت : لو كانوا يعتقدون بالله تعالى لم يعبدوا الأوثان والأصنام ؟ ، **قلت** : إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم ، ألا ترى إلى قوله تعالى : **﴿ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى زلفى ﴾** (الزمر : ٣) .

فإذا ثبت أنهم يعتقدون بالله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة بالله عز وجل ، فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول .

وفي «شرح الأقطع » : وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام، استحلفوا بالله الذي أنزل الصحف على إدريس ﷺ ، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب ،

م: (**والوثني**) ش: نسبته إلى عبادة الوثن وهو ما له خبة من خشب أو حجر ، أو فضة ، أو جوهر ينحت ، والجمع أوثان ، وكانت العرب تنصبها وتعبدها ، والصبئة جنس من الكفار ،

قاله الجوهري ، من صبا إذا خرج من دين إلى دين آخر .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ولا يحلفون في بيوت عبادتهم ؛ لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك)** ش: أي عند الحضور في بيوت عبادتهم ، لأن في تعظيم ذلك المكان ، ففي أي مكان حلفهم جاز ، وفي «الأجناس» قال في المأخوذ للحسن :

وإن سئل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيته ، أو كنيته فيحلف هناك فلا بأس أن يحلفه إذا اتهمه ، وعند أبي خطاب الحنبلي -رحمه الله-: إن كان لهم مواضع يعظمونها ، ويتوفون أن يحلفوا كذباً حلفوا فيها ، وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان)** ش: أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر ، أما التغليظ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي ﷺ إذا كان بالمدينة ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس، وفي سائر الجوامع في سائر البلاد .

وبقولنا قال أحمد -رحمه الله- ، وقال الشافعي -رحمه الله-: فيما يستحب التغليظ بمكان وزمان، وفي قول: يجب التغليظ بهما ،

وبه قال مالك -رحمه الله- في دعوى دم ، ونكاح ، طلاق ورجعه وإيلاء ، ولعان وعتق ، وحد ووكالة ، وولاء ، وجناية ، وكل ما ليس بمال والمقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، ومال كثر ، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الفضة مائتا درهم ، وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ، ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان ، وكذا الحائض ، والمخدرة على وجه لا يجب عليهما حضور مجلس القاضي .

ويحلف الحائض والمخدرة على باب الجامع ، وفي كتاب «التفريع» للمالكية : ويحلف الناس في المساجد ، ولا يحلف عند منبر من المنابر ، إلا عند منبر النبي ﷺ ، ولا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً ،

ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد ، وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً إن كانت ممن لا تخرج نهاراً .

وفي «المستوعب» للحنابلة : والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر ، أو بين الأذان والإقامة ، ولا تغلظ اليمين إلا فيما له حطم ، مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال

لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك خرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ، قال : ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ، ولا يحلف بالله ما غصبت ، لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما قائم في الحال ، لأنه قد يطرأ عليه الخلع

الذي تجب فيه الزكاة وقيل فيما تقطع فيه يد السارق، م: **(لأن المقصود)** ش: يعني من اليمين م: **(تعظيم المقسم به)** ش: أي تعظيم المقسم به .

م: **(وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك)** ش: أي بدون تعيين الزمان والمكان م: **(حرج على القاضي حيث يكلف حضورها)** ش: أي حضور بقعة معينة من المكان ، أو ساعة معينة من الزمان م: **(وهو)** ش: أي الخروج م: **(مدفوع)** ش: شرعاً ،

فإن قلت : استدل الخصم بما روى جابر -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : « **من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعداً من النار** » وبما روي أن عبد الرحمن ابن عوف- رضي الله عنه- رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت ، فقال: علي دم ؟، فقالوا : لا، قال: أفعظيم من المال؟ ، قالوا : لا ، قال : خشية أن يتهاون الناس بهذا البيت .

الجواب : أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً ، وهذا ينافي إطلاق قوله ﷺ «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**» ، والتخصيص بالزمان والمكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ومن أدعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده)** ش: أي أنكره م: **(استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه)** ش:

لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة ، أو إلى تسليم العبد إلى مالكه بالإقالة وكل ذلك ضرر ، هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى أي وفي دعوى الغصب إذا أنكر .

م: **(ويستحلف وفي الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح)** ش: على امرأته أنه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس م: **(بالله)** ش: أي يحلف بالله م: **(ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه)** ش: أي على النكاح م: **(الخلع)** ش: بأن خالعها بعد النكاح .

وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ما طلقها ، لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ؛لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -. على قول أبي يوسف- رحمه الله- يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض للمدعي عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ،

م: (**وفي دعوى الطلاق**) ش: أي يحلفه في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر م: (**بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت**)

ش: وفي بعض النسخ كما ذكرت : م: (**ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل**) ش:، أي على ثبوت الحكم في الحال م: (**في هذه الوجوه**) ش: أي الوجوه المذكورة ، وهي دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق م: (**لأنه**) ش: أي لأن المدعي يتوجه اليمين في هذه الصور م: (**لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا**) ش:

أي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة م: (**قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-: أما على قول أبي يوسف -رحمه الله- يحلف في جميع ذلك على السبب**) ش: ،لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعى يدعي السبب، والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب أن السبب إما هو كان ما يرتفع برافع أولاً، فإن كان الثاني والمتحلف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول بأن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- على السبب عند أبي يوسف -رحمه الله- .

م: (**إلا إذا عرض للمعدي عليه**) ش: أي المدعى عليه م: (**بما ذكرنا**) ش: يعني من قوله «بل يبتاع العين»، ثم يقال فيه وفي الغصب : قد يصح بالهبة وفي النكاح ، وقد يطوى عليه الخلع ، وفي الطلاق قد يتجددا بعد الإبانة .

ومراده من التعريض هذه الأشياء بأن يقول المدعى عليه : أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه : وكذلك بقية الصور، م: (**فحينئذ يحلف**) ش: أي يحلف القاضي م: (**على الحاصل**) ش: وقال تاج الشريعة -رحمه الله-: خلاف التصريح ، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيه ذكر كقولك ، ما أقبح البخل ، تعرض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، كثير رماد القدر ، يعني طويل القامة ومضياف .

ثم قال : ويريد به ها هنا المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب يعرض بشيء يعرفه القاضي ، فيحلفه على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الصيغة التي

وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف علي الحاصل ، فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العده والزوج ممن لا يراها ، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها ؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان

حدها كذا وأنكر المدعي عليه وأراد استخلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم الساعة .

وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يحلف على السبب بالله ما بعت هذه الصيغة بهذا الثمن الذي يدعى، إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول: بيع الرجل بالشيء ، ثم يرجع إليه بإقالة أو بوجه من الوجوه ، ولا يمكنني أن أقر بالبيع ثم ادعى الفتح فحينئذ يحلف على الحاصل .

م: (**وقيل:**) ش: قائله شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله- م: (**ينظر إلى انكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه**) ش: أي على السبب م: (**وإن أنكر الحكم**) ش: ، بأن قال: ليس له علي هذا المال ، فإن قال : ما غصبت ولا استقرضت الذي يدعى ولا شيئاً فيه م: (**يحلف على الحاصل**) ش: وقال في «الذخيرة » : هو الأحسن ، وعليه عمل أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام -رحمه الله- : يفوض إلى رأي القاضي، ويقول الحلواني-رحمه الله- : قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله- في وجه : وفي وجه كقول أبي يوسف -رحمه الله-، م: (**فالحاصل**) ش: أي التحليف على الحاصل

م: (**هو الأصل عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ، وهو أن يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه م: (**إذا كان سبباً يرتفع برافع**) ش: كالبيع ، يقال فيه : والغصب يفسخ بالهبه والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة .

م: (**إلا إذا كان فيه**) ش: أي في التحليف على الحاصل م: (**ترك النظر في جانب المدعي ،فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع**) ش:، وأوضح ذلك بقوله : م: (**وذلك**) ش: أي ترك النظر م: (**مثل أن تدعى مبتوته**) ش: أي امرأة مبانة تدعى على زوجها م: (**نفقة**) ش: أي نفقة العدة م: (**والزوج ممن لا يراها**) ش: أي من لا يرى نفقة المثبوتة بأن كان شافعي المذهب فإنه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقاً في اعتقاده ، لأنه لا نفقة لها ، فلا يمنع عن اليمين ، ويكون فيه ترك النظر بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر ، م: (**أو ادعى شفعه بالجوار والمشتري لا يراها**) ش: إن كان شافعياً م: (**لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعى وإن كان**

سبباً لا يرتفع برافع ، فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، بخلاف الأمة والعبد الكافر ، لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه نقض العهد واللحاق ،ولا يكرر على العبد المسلم . قال: ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه . لأنه لا علم له بما صنع المورث ،فلا يحلف على البتات ،

سبباً لا يرتفع برافع، فالتحليف على السبب بالإجماع) ش: كذلك يحلف على السبب بأن قيل في التحليف على السبب: ضرر بالمنكر أيضاً بجواز أنه اشترى ولا شفعة بأن سلم أو سكت عن المطلب؟ ، قلنا: القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء وإذا ثبت له الحق ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة .

وإن كان ثم أوضح ذلك بقوله: م: **(كالعبد المسلم إذا أدعى العتق على مولاه)** ش:، فإنه يحلف بقوله: والله ما أعتقت، لأن السبب لا ينكر هنا .

م: **(بخلاف الأمة)** ش: إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها ، لأنه لا يجوز أن يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ، ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما أعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا م: **(والعبد الكافر)** ش: أي وبخلاف العبد الكافر فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه ، لأنه تكرر العتق يحلف فيه بأن نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي ، ويحلف بالله ما أعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشأن أنه م: **(يكرر الرق عليها)** ش: أي على الأمة م: **(بالردة واللحاق)** ش: بدار الحرب كما قلنا م: **(وعليه ينقض العهد واللحاق)** ش: أي يتكرر الرق على العبد ينقص عن كونه ذهب ولحق بدار الحرب، م: **(ولا يكرر)** ش: أي الرق م: **(على العبد المسلم)** ش: لأنه بعد الحرية لا يستحق رقبة .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير»: م: **(ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه)** ش: هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو الثبات ، وصورة المسألة في الجامع لمحمد -رحمه الله- :عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في الرجل يرث العبد ، فيجيء رجل فيزعم أنه له ، ولا بينة له على أي شيء يستحلف ، قال : على علمه م: **(لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات)**

ش: وقال شريح وابن أبي ليلى : يحلف على الثبات ، وبقولنا قال إبراهيم النخعي والحسن والشعبي - رحمهم الله -، والحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي، والحلف بالثبات أي بالقطع على عدم الاستحقاق .

وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة .قال :ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان -رضي الله تعالى عنه-

---

والأصل في ذلك أن من ادعى عليه فعل من جهة أو ادعى عليه حتى في شيء استفاده بفعله فإن اليمين إذا وجهت في ذلك كانت على البتات ، وكل من ادعى عليه فعل غيره أو حق في شيء ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك علي العلم ، وكلاهما مشروع .

وقال الحلواني : هذا أصل مستقيم أي التحليف على فعل الغير في المسائل ، إلا في الرديء بالعيب ، فإن المشتري ادعى أن العبد سارق أو آبق ، وأثبت إباقته وسرقته في يد نفسه ، أو ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات مع أنهما فعل الغير ، لما أن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليماً عن العيب ، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات .

وقيل : التحليف على فعل الغير ، إنما يكون على العلم إذا قال الحالف : لا علم لي بذلك ، أما لو قال: لي علم بذلك يحلف على البتات ، ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات ، وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن ، وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه ، ويحلف على البتات وهذا تحليف على فعل الغير .

ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك بأن قال: قبض الوكيل الثمن ، فكان علم بذلك فيحلف على البتات ، كذا في« الفصول .

وأجيب عليه : بأن هذا تحليف على فعل نفسه ، وهو التسليم والرد من حيث المعنى .

م: **(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات)** ش: وهذا من قيمة مسألة «الجامع» أي وإن وهب لرجل عبداً وقبضه أو اشترى به وجاء يزعم أنه له فإنه يستحلف البينة م: **(لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وضعًا وكذلك الهبة)**.

ش: فإن قيل: الإرث كذلك؟ ، أجيب بأن معنى قوله : « سبب لثبوت الملك» سبب اختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: **(ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منه)** ش: أي من يمينه م: **(على عشرة دراهم فهو جائز وهو)** ش: أي افتدى اليمين م: **(مأثور عن عثمان -رضي الله تعالى عنه-)** ش: قال الأترازي -رحمه الله-: روى أصحابنا في «شرح الجامع الصغير» عن عثمان -رضي الله عنه- أنه دفع المال ولم يحلف .

وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً ، لأنه أسقط حقه .

قلت : قال البيهقي في كتاب «المعرفة» في كتاب «أدب القاضي» : قال الشافعي -رحمه الله- : بلغني أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- ردت عليه اليمين فافتداها بمال ثم قال : أخاف أن يوافق قدري فيقال : هذا يمينه .

وفي كتاب «المخرج» لأبي الوليد -رحمه الله- بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال : أن رجلاً استقرض من عثمان بن عفان -رضي الله عنه- سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال له : إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر -رضي الله عنه- ، فقال : تحلف أنها سبعة آلاف ، عمر -رضي الله عنه- : [. . .] فأبى عثمان رضي الله عنه أن يحلف ، فقال له عمر : خذ ما أعطاك .

وقال الكاكي -رحمه الله - : اختلفت روايات الكتب أن عثمان -رضي الله عنه- كان مدعى عليه من ذلك المال ، ادعيا في «الفوائد الظهيرية» كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال ، أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال : هذا بسبب يمينه .

وفي «المبسوط» : ذكر أنه كان مدعياً ، فادعى مالاً للمقداد ، قلت : الأول هو الصحيح م: **(وليس له)** ش: أي للمدعي م: **(أن يستحلفه)** ش: أي المدعى عليه م: **(على تلك اليمين أبداً لأنه أسقط حقه)** ش: أي بالصلح والافتداء .

* * *

باب التحالف

قال : وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه ، أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه وأقام أحدهما البينة قضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن ، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات ، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة ، قيل للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع: إما إن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان به ،

م: (باب التحالف)

ش:أي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنين، ولما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان اليمين بين الاثنين ، والاثنان بعد الواحد في الوجود .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع)** ش: بأن قال : كر من الحنطة .

م: **(وادعى المشتري أكثر منه)** ش: بأن قال : كران م: **(وأقام أحدهما البينة قضى له بها)** ش: أي بالبينة ، م: **(لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ،والبينة أقوى منها)** ش: لأنها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجبه م: **(وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للأثبات ولا تعارض في الزيادة)** ش: لأن البينة المثبة للأول للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت بالبينة المثبتة للزيادة سألت عن المعارض .

م: **(ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن ، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات)** ش: بأن قال البائع : بعتك هذه الجارية واحدها بمائة دينار، وقال المشتري : بعني مع هذا الوصف بخمسين ديناراً وأقام البينة .

وقيل : هذا قول أبي حنيفة -رحمه الله- آخراً ، وكان يقول أولاً وهو قول زفر-رحمه الله- : يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين م: **(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع :إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة ،وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به)** ش: من المشتري وإلا فسخنا المبيع جميعاً للمشتري بمائة دينار ، فإذا علم

فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن ، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف، فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛ لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا »، قال : ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف-رحمهما الله- آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله -وهو الصحيح ؛

به ، أي بالفسخ بمتراضيان ، أي ما ادعي كل واحد منهما .

م: (**فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض**) ش: أي قبل قبض المشتري السلعة م: (**على وفاق القياس؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن المشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر**) ش: لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذا جهة فيه ، أي قطع المنازعة لأنهما ربما تراضيا فانفسخ ، واليمين على من أنكر بالحديث المشهور م: (**فيحلف**) ش: أي فأما تحالف البائع والمشتري م: (**فأما بعد القبض فمخالف للقياس ،لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها، فيكتفي بحلفه، لكنا عرفناه بالنص وهو**) ش: أي قول النبي ﷺ .

م: (**قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا**) ش: [(١)] بهذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- من طرق ، وقال المنذري -رحمه الله- : روى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود -رحمه الله-، وكلها لا تثبت وقد وقع في بعضها : «إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه» .

وفي لفظ : «والسلعة قائمة» وهو لا يصح ، فإنه من رواية ابن أبي ليلى -رحمه الله- ، وفي بعض طرقه انقطاع ، وفيه عبد الرحمن بن قيس -رحمه الله- وهو مجهول الحال، وفي بعض الطرق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه ، وقيل : إنه من قول بعض الرواة ، والعجب من بعض «شراح الهداية» أنه يقول: هذا الحديث صحيح مشهور .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ويبتدئ**) ش: أي القاضي م: (**بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-وهو الصحيح**)

---

(١) رواه أبو داود . باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم [٣٥١١] والنسائي [٤٣٣٣] والترمذي [١٢٩٣] وابن ماجه [٢١٨٦] والحاكم [٢/ ٤٥] والحديث له طرق لا تخلو من ضعف ولكن بعضد بعضها بعضاً .

لأن المشتري أشدهما انكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن ، ولأنه يتعجل فائدة النكول . وهو إلزام الثمن ،ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف -رحمه الله- يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع »

ش: احترز به عن قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول، ورواية عن أبي حنيفة -رحمه الله - أنه يبتدأ بيمين البائع .

وقال الكاكي -رحمه الله - : وصححه ، قال زفر والشافعي-رحمه الله- وقال الأترازي : عن زفر يبدأ بيمين البائع ، كذا في «التقريب» ، وقال أصحاب الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال ، إحداها : يبدأ بيمين البائع ، والثاني : يبدأ بيمين المشتري، والثالث : الحكم بالخيار ، ومنهم من قال : يبدأ بيمين البائع بكل حال ، كذا في «شرح الأقطع» .

وقال القدوري في «شرح كتاب الاستحلاف» : وهو أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتداء الخصومة وادعى على المشتري ابتدأ بيمين المشتري، م: **(لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن)** ش: فيكون بادئاً بالإنكار ، والبادئ أظلم، م: **(أو لأنه يتعجل فائدة النكول)** ش:، واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي في النكول .

م: **(وهو)** ش: أي التعجيل بفائدة النكول م: **(إلزام الثمن)** ش: والبائع يتأخر فائدة ، لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن ، وهو معنى قوله : م: **(ولو بدأ)** ش: أي القاضي .

م: **(بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن)** ش: لأنه يقال : أمسك المبيع حتى يستوفي الثمن ، فكل تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولاً م: **(وكان أبو يوسف-رحمه الله - يقول أولاً :يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ .

م: **(«إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع»)** ش: هذا الحديث رواه أبو داود عن الأعمش عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن أبيه عن جده أن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- باع إلى أشعب بن قيس رقيقاً من رقيق الخمس بعشرين ألف درهم ، فأرسل عبد الله إليه ثمنهم، فقال : إنما أخذتم بعشرة آلاف ؛ فقال عبد الله : إن شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله ﷺ يقول « **إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركا** » .

ورواه الحاكم في «المستدرك» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال ابن القطان : وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود -رضي الله عنه- ومع الانقطاع فإن عبد الرحمن بن الأشعث مجهول .

= انظر صحيح أبي داود للعلامة الألباني (٢/ ٦٧٠) .

خصه بالذكر وأقل فـائدته التقديم وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن ،بدأ القـاضي بيمين أيهما شاء لاستـوائهما ، وصـفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتـري بالله ما اشتـراه بألفين وقال فـي «الزيادات»: يحلف بالله مـا باعـه بألف ، ولقـد باعـه بألفين ، ويحلف المشتـري بالله ما اشتـراه بألفين ، ولقـد اشتراه بألف ، يـضم الإثبات إلى النفي تأكـيداً ، والأصح الاقتصار على النفي ؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة« بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً »،

وأخرجه الترمذي -رضي الله عنه- عن عون بن عبد الله بن عتبة ، عن ابن مسعود -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، والمبتاع يختار** » وقال : حديث مرسل ، فإن عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود وجه الاستدلال : أنه عليه السلام م: (**خصه بالذكر**) ش: أي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول قول البائع م: (**وأقل فائدته التقديم**) ش: أي أقل أقوال هذا التخصيص أن يفيد التقديم .

وأجاب الأقطع بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن بينة المشتري معلومة لا يشكل، لقوله عليه السلام: « **واليمين على من أنكر** » ، وقد مضى فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه ، وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه .

م: (**وإن كان بيع عين بعين**) ش: وهو المقايضة م: (**أو ثمناً بثمن**) ش: وهو الصرف م: (**بدأ القاضي بيمين أيهما شـاء لاستوائهما**) ش: أي في فـائدة النكول، وبه قـال الشـافـعي -رحـمه الله - في كل البيوع فوجهه ، وإنما ذكر المصنف -رحمه الله- هذا تفريعاً على مسألة القدوري .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله - في «الجامع» .

م: (**وصفة اليمين: أن يحلف البائع بالله ما باعه بـألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، قال في «الزيادات»: يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف ، يضم الإثبـات إلى النفي تأكيداً**) ش: بيانه : أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون باراً في يمينه ، فلقد اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة ، وكذا البائع ، لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف ويكون صادقًا لجواز أنه باعه بألف درهم فيبطل حق المشتري ، م: (**والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت**) ش: أي على النفي ، والبينات وضعت على الإثبات .

م: (**دل عليه**) ش: أي أنه وضعت على النفي م: (**حديث القسامـة:« بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً »**) ش: وسيأتي حديث القسامة في بابه إن شاء الله تعالى .

قال: فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف . لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال :إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد .قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل بازلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته، قال: وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما ، لأن هذا

م: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) ش: هذا كلام القدوري وقال المصنف -رحمه الله - م: (وهذا يدل على أنه) ش: أي أن المبيع م: (لا ينفسخ بنفس التحالف) ش: ما لم يفسخ القاضي ، وبه صرح في كتاب «الاستحلاف» لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ، ولم ينفسخ بالتحالف .

وقال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» : فإن حلف، القياس أن يلتزم البيع للمشتري بما قال ، وفي الاستحسان يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما ، حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك، وقال بعضهم : بنفس التحالف ينفسخ، والأول أصح انتهى .

وقال الإمام الناصحي -رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما ، لأن الفسخ حق لهما ؛ بدليل قوله عليه السلام أنه قال : « تحالفا وترادا » .

م: (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعًا للمنازعة) ش: بينهما ، م: (أو يقال: إذا لم يثبت البدل) ش: للتعارض م: (يبقى بيعًا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ في البيع الفاسد) ش: ، والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منهما ادعى عقداً غير الذي ادعاه الآخر فكان البيع مجهولاً لجهالة البدل .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) ش: وقال المصنف -رحمه الله -: م: (لأنه جعل بازلاً) ش: فيصح البدل في الأعراض م: (فلم يبق دعواه معارضًا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) ش: لعدم المعارض .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإن اختلفا في الأجل) ش: أي في أصله أو قدره م: (أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن) ش: ، وكذا لو اختلفا كل الثمن م: (فلا تحالف بينهما) ش: عندنا ، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك -رحمهم الله - : تحالفا، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، م: (لأن هذا) ش: أي الاختلاف في الأصل أو

اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء ،وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال:فإن هلك

شرط الخيار استيفاء بعض الثمن م: (**اختلافًا في غير المعقود عليه**) ش: وهو البيع م: (**والمعقود به**) ش: وهو الثمن م: (**فأشبه الاختلاف في الحط**) ش: أي في الحط من الثمن م: (**والإبراء**) ش: أي من الثمن وفيها لا يجب التحالف فكذا .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله : واختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، م: (**لأن بانعدامه**) ش: أي بانعدام الأجل م: (**لا يختل ما به قوام العقد**) ش: ، لأن الأجل وشرط الخيار أمر زائد في العقد ، لأن العقد يصح بدونهما ، ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل .

ولو اختلفا في الأجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر والآخر بالبيع بألف يقبل ويقضى بالبيع بألف حالة ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام والآخر شهد أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ،م: (**بخلاف الاختلاف في وصف الثمن**) ش: أي في جودته ورداءته م: (**أو جنسه**) ش: وهو كون الثمن دراهم أو دنانير، م: (**حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر**) ش: أي في قدر الثمن م: (**في جريان التحالف**) ش: أي في وجوبه ، م: (**لأن ذلك**) ش: أي الاختلاف في الوصف والجنس م: (**يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف**) ش: بأنه جيد أو رديء أو وسط .

م: (**ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف**) ش: بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، وأوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه**) ش: أي بعد مضي الأجل فلا يسقط بسقوط الأجل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (**والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه**) ش: لأنهما إذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر ، لأن ذلك أمر عارض والقول قول المنكر في العوارض، وهو معنى قوله : م: (**لأنهما**) ش: أي لأن الأجل والخيار م: (**يثبتان بعارض الشرط**) ش: يعني بشرط عارض على أصل العقد، م: (**والقول لمنكر العوارض**) ش: وهذا ظاهر الرواية .

وعن أبي حنيفة -رحمه الله -: أن القول قول من يدعي الخيار، كذا في التحليف لأنه ينكر له عن ملكه أو وجوب الثمن عليه، م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله -: م: (**فإن هلك**

المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- والقول قول المشتري وقال محمد -رحمه الله-: يتحالفان وينفسخ البيع علي قيمة الهالك وهو قول الشافعي- رحمه الله- وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما :أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة .

المبيع) ش: بعد قبض المشتري م: (**ثم اختلفا**) ش: يعني في مقدار الثمن م: (**لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - والقول قول المشتري**) ش: مع يمينه ، وبه قال مالك -رحمه الله - في رواية وأحمد -رحمه الله - في رواية .

م: (**وقال محمد -رحمه الله -: يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك**) ش: يعني بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة ، م: (**وهو قول الشافعي -رحمه الله -**) ش: في رواية ، وقول مالك -رحمه الله- في رواية وقول أحمد -رحمه الله - في رواية .

ولمالك أربع روايات : إذا اختلفا في مقدار الثمن اثنان ما ذكرنا ، والثالثة : يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة ، والرابعة : يتحالفان بعد القبض ما لم يبرهنا .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الخلاف م: (**إذا خرج المبيع عن ملكه**) ش: أي عن ملك المشترى بالمبيع أو بالهبة م: (**أو صار**) ش: أي المبيع م: (**بحال لا يقدر**) ش: أي المشتري م: (**على رده بالعيب**) ش: أي بحدوث المعيب فيه في يده م: (**لهما**) ش: أي لمحمد والشافعي -رحمهما الله - م: (**أن كل واحد منهما**) ش: أي من المتعاقدين م: (**يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره**) ش: لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه ، فإن البائع يدعي عقداً ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع .

م: (**وأنه**) ش: أي وأن التحالف م: (**يفيد دفع زيادة الثمن**) ش: عن المشتري لو نكل البائع فلا يدفع المشتري زيادة على ما اعترف به المشتراة حينئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل فيكون مفيداً ، وقال الكاكي -رحمه الله - : هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: ما فائدة التحليف عندك ؟ ، فإن فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك .

فقال : بل فيه فائدة ، وقع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري ، فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشتراة حينئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل المشتري ، فإن المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع ، فإذا كان كذلك م: (**فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة**) ش: ،بأن ادعى أحدهما الدنانير والآخر الدراهم بعد هلاك المبيع يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة .

ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- :أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ،ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ،ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد

م: (**ولأبي يوسف وأبي حنيفة -رحمهما الله -: أن التحالف بعد القبض**) ش: أي بعد قبض السلعة م: (**على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه**) ش: ، ولا يدعي على البائع شيئًا ينكره، لأن المبيع مملوك له سلم إليه باتفاقهما، م: (**وقد ورد الشرع به**) ش: أي بالتحالف م: (**في حال قيام السلعة**) ش: فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة ، لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها ،لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما ، فإنه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه ، وبعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف .

م: (**والتحالف فيه**) ش: أي في حال قيام السلعة م: (**يفضي إلى الفسخ**) ش: ، وهذا جواب عما يقال : إن لم يتعد إلى غيره يلحق به بالدلالة ، فأجاب بقوله والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما؟ كما ذكرنا الآن م: (**ولا كذلك بعد هلاكها**) ش: أي بعد هلاك السلعة م: (**لارتفاع العقد**) ش: بالهلاك م: (**فلم يكن في معناه**) ش: فبطل الإلحاق بالدلالة، م: (**ولأنه لا يبالي**) ش: ، هذا جواب عن قولهما : إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة ، أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأنه لا يبالي م: (**بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود**) ش: وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه ، وليس يدعي على البائع شيئًا ينكره ليجب عليه اليمين .

قال الأكمل -رحمه الله - : ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعًا وهبة فإن في كل منهما المقصود، وحاصل التحالف موجود لاختلاف السبب .

وأجيب عن الأول ثبوته بالنص على خلاف القياس وعلى الثاني بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب: قول محمد -رحمه الله - : م: (**وإنما يراعى**) ش: جوابًا عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن تقديره المراعاة م: (**من الفائدة**) ش: التي تثبت م: (**ما يوجبه العقد**).

ش: والفائدة التي قال أليست من موجبات العقد ؟ ، والمراد من موجبات العقد : ما لا يكون للعقد وجود بدونه ، والذي ذكراه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد، فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر ؛ لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجباته ، وهو ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر ؛

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً ،فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي «الجامع الصغير»: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة -رحمه الله-إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك ،

لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد ، والجواب: أنه يثبت بالنص على خلاف القياس.

م: (**وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته**) ش: من تتمة الجواب العقد لأن العقد لا يحتاج لأن فائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع ، م: (**وهذا**) ش: أي الاختلاف م: (**إذا كان الثمن دينًا**) ش: ثابتًا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والموصوفة الثابتة في الذمة ، م: (**فإن كان عينًا**) ش: فإن كان العقد مقايضة وهلك أحد المعوضين م: (**يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ**) ش: أي الرد م: (**ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته**) ش: أي أو يرد قيمته م: (**إن لم يكن له مثل**) ش: كالحيوان فيما إذا تبايعا حيوانًا بحيوان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن هلك أحد العبدين**) ش: يعني باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما م: (**ثم اختلفا في الثمن**) ش: فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم م: (**لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله - إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك**) ش: والهلاك على نوعين: هلاك العبد والطعام إذا أكله والثوب إذا احترق وذلك مما يوجب الفوات ، وهلاك حكمي وهو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه ، وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - .

وعند محمد -رحمه الله - خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض، فإذا تحالفا أن خروج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة ، ومثله إن كان مثلنا وإن خرج البعض فإن كان المبيع مما في تبعيضه ضرر، ويكون التبعيض عيبًا فالبيع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهلاك ،وإن شاء رد الثاني وأخذ قيمته، وإن لم يكن في تبعيضه ضرر ، وليس التبعيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي وقيل الغائب، وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر إن كان العود فيتخالفان ويستردان العين، وإن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ،وقال: يتحالفان ويترادان القيمة دون العين .

م: (**وفي «الجامع الصغير»: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة -رحمه الله - إلا أن يشاء البائع**) ش: إلا أن يرضى البائع م: (**أن يأخذ العبد الحي، ولا شيء له من قيمة الهالك**) ش: أي من

وقال أبو يوسف -رحمه الله- :يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي ،والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد-رحمه الله- يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ، ولأبي يوسف -رحمه الله- : أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره . ولأبي حنيفة -رحمه الله- :أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة ، وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

ثمن الميت.

م: (**وقال أبو يوسف- رحمه الله -: يتحالفان في الحي، ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك ، وقال محمد -رحمه الله - يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده**) ش: أي عند محمد -رحمه الله - ، م: (**فهلاك البعض أولى**) ش: والجواب أن هلاك البعض محمول إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك يحل في القسمة عليه فلا يجوز .

م: (**ولأبي يوسف -رحمه الله - : أن امتناع التحالف للهلاك**) ش: أي لأجل هلاك أحد العبدين م: (**فيتقدر بقدره**) ش: أي فيقدر الامتناع بقدر الهلاك، لأن الحكم لا يزيد على العلة ، والجواب عنه هو الجواب المذكور .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن التحالف**) ش: بعد القبض يثبت م: (**على خلاف القياس في حال قيام السلعة**) ش: ، لما عرف أن البائع غير منكر وإنما يثبت بالسنة وورد عند قيام السلعة م: (**وهي اسم لجميع أجزائها**) ش: يعني اسم لجميع أجزاء المبيع ، م: (**فلا تبقى السلعة بفوات بعضها**) ش: لأن بفوات بعضها يفوت الشرط فذلك الحكم الذي تعلق به غير معقول م: (**ولأنه**) .

ش:قال الكاكي -رحمه الله - : هذا جواب عن قول أبي يوسف -رحمه الله - ،أي ولأن الشأن م: (**لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن، فلا بد من القسمة على القيمة**) ش: باعتبار القيمة م: (**وهي**) ش: أي القيمة م: (**تعرف بالحزر والظن، فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز**) ش: فإن قيل يشكل على أبي حنيفة -رحمه الله - ما لو أقام القصار بعض العمل ثم اختلفا في الأجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل ، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض ، فينبغي أن يبقى التحالف عنده .

قلنا : عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتحد العقد بحسب ما يتم من العمل فإن تعذر

إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم، ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا.وقالوا : إن المراد من قوله في «الجامع الصغير»: يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً ، وقال بعض المشايخ- رحمهم الله - يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة ،

فسخه في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي ، وأما عقد البيع في العبدين عقد واحد ، فإذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي .

م: (**إلا أن يرضى**) ش: أي البائع م: (**أن يترك حصة الهالك أصلاً**) ش: لأن الهالك كأن لم يكن وكأن العقد يصير لم يكن إلا على القائم، م: (**لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد**) ش: فإذا كان كذلك الأمر م: (**فيتحالفان**) ش: كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة ، وهذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ . . إلخ ، وفيه إشارة أيضًا إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في «الجامع الصغير» في قوله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له ، فالذي ذكره قول عامة المشايخ أشار إليه بقوله : م: (**وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء**) ش: المذكور في «الجامع الصغير» م: (**عندهم إلى التحالف**) ش: بيانه أنهم قالوا : الاستثناء عندهم إلى التحالف : أي لا يتحالفان عند أبي حنيفة-رحمه الله - إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ، ولا يأخذ شيئًا من ثمن الهالك أصلاً فيتحالفان ، لأنه حينئذ صار المبيع كل الحي م: (**كما ذكرنا**) ش: ، أشار به إلى قوله : لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويحتاج الهلاك عن العقد ويتحالفان .

م: (**وقالوا**) ش: أي بعض المشايخ -رحمهم الله - : م: (**إن المراد من قوله**) ش: أي من قول محمد -رحمه الله - م: (**في الجامع الصغير**) ش: في رواية عن يعقوب -رحمه الله - عن أبي حنيفة -رحمه الله - إلى أن يشاء البائع م: (**يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا أصلاً**) ش: . كما ذكرنا أنه حينئذ جاز المبيع كل الحي م: (**وقال بعض المشايخ- رحمهم الله -**) ش: وهم مشايخ بلخ-رحمهم الله - م: (**يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وإنما لا يأخذ الزيادة**) ش: مع اليمين إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ، فلا يضمنه شيئًا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشتري ، وحينئذ لا يحلف المشتري لأن الاستحلاف إنما شرع في حق المشتري إذا كان ينكر ما يدعيه البائع في الزيادة ، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشتري .

وعلى قول هؤلاء لا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم،وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك .واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف -رحمه الله- .والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري،وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض.

م: (**وعلى قول هؤلاء**) ش: أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم م: (**لا ينصرف الاستثناء**) ش: وهو قوله : إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له م: (**إلى يمين المشتري**) ش: معناه أن البائع يأخذ الحي صلحًا على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري ، فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر ، وصار تقديره على قولهم إلا أن يأخذ البائع الحي ولا يأخذ شيئًا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري م: (**لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري**) .

ش: وقال شيخ الإسلام : هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقًا بمشيئتهما ، م: (**ثم تفسير التحالف على قول محمد**) ش: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما م: (**ما بيناه في القائم**) ش: أي في المبيع الباقي أراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ .

م: (**وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء**) ش: يعني من الثمن م: (**فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك**) ش: أي ويرد قيمة الهالك والقول في قيمة المشتري ، لأن البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد ، م: (**واختلفوا في تفسيره**) ش: أي اختلف المشايخ في تفسير التحالف ، م: (**على قول أبي يوسف -رحمه الله -**) ش: : فيتحالفان في القائم دون الهالك .

قال بعضهم: يتحالفان على القائم ، لأن العقد ينفسخ في حقه لا غير ، م: (**والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه**) ش: أي البائع م: (**دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته**) ش: القائم م: (**من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك**) ش: من الثمن الذي أقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك، م: (**ويعتبر قيمتها**) ش: أي قيمة الهالك وقيمة الباقي م: (**في الانقسام يوم القبض**) ش: ، فإن اتفقا أن قيمتها يوم القبض كانت على السواء لزم

وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين و قبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ، وينقسم الثمن

المشتري نصف الثمن الذي أقر به وسقط نصفه ، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك .

م: (**وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض**) ش: فقال المشتري : كانت قيمته يوم القبض خمسمائة ، وقيمة القائم يوم القبض كانت ألفًا ، وقال البائع على عكس هذا م: (**فالقول قول البائع**) ش: لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن ، والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن ، فكان البائع متمسكًا بالأصل ، كذا في «جامع قاضي خان» ، فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد حتى قال محمد -رحمه الله- : قيمة الأم تعتبر يوم القيمة ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من بينهما صار مقصوداً بالعقد ، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض .

وفي «الفوائد الظهيرية» فهذا إشكال هائل أوردته على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي يخايل لي بعد طول الجسم فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ ، فما صار مقصوداً بالعقد ، وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً لعقد وهو التحالف .

أما في الحي فظاهر ، وكذا في الميت ، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد -رحمه الله- حتى قال : يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف ، ويجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض ، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض ، م: (**وأيهما أقام البينة تقبل بينته**) ش: لأنه نور دعواه بالحجة .

م: (**وإن أقاماها فبينة البائع أولى**) ش: لأنه أكثر إثباتًا بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمينته ، والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك .

ثم ذكر المصنف -رحمه الله- ما هو على قياس القول : م: (**وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل**) ش: أي« المبسوط» وهو قوله : م: (**اشترى عبدين وقبضهما**) ش: ولم يرد الثمن م: (**ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر ، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن**

على قيمتهما ،فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ،ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ، والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة، فلذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ، والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف -رحمه الله- قال: ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن

على قيمتهما) ش: أي قيمة العبدين م: (فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ، والقول للمنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) ش: والبينات شرعته للإثبات ، فما كان أكثره إثباتًا كان أولى م: (وهذا) ش: أي اعتبار يمين البائع وبينته م: (لفقه) ش: أي المعنى ، وبين الفقه بقوله : وهو أن في الإيمان يعتبر الحقيقة إلخ .

كذا أقره الأترازي -رحمه الله -، وقال الكاكي -رحمه الله - قوله : «وهذا الفقه» أي قول أبي يوسف -رحمه الله - في أن القول قول البائع والبينة بينته ، وقال الأكمل-رحمه الله -: وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : «قوله وهذا الفقه» إلخ ،يعني أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر ،فإنه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة بينته .

قلت : هذا هو المناسب لما ذكره المصنف -رحمه الله - بقوله م: (وهو) ش: أي الفقه م: (أن في الإيمان تعتبر الحقيقة) ش: أي حقيقة الحال م: (لأنها) ش: أي لأن البينة م: (تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها) ش: أي على حقيقة الحال م: (والبائع منكر حقيقة) ش: لأنه ينكر سقوط الزيادة م: (فلهذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما) ش: أي في حق الشاهدين م: (والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضًا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر) ش: وهو قوله : لأنه أكثر ثباتًا ظاهرًا، م: (وهذا) ش: أي الذي ذكره ببيوع الأصل بيعه م: (يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف -رحمه الله -) ش: من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة «الجامع الصغير» .

م: (قال :) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير» م: (ومن اشترى جارية) ش: بألف درهم م: (وقبضها) ش: أي قبض الجارية م: (ثم تقايلا) ش: أي المبيع حال قيام الجارية م: (ثم اختلفا في الثمن) ش: بأن قال المشتري : كان الثمن ألفًا فعليك أن ترد الألف ، وقال البائع : كان خمسمائة

فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص ؛لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين ،وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ، ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري

فعلي رد الخمسمائة م: (**فإنهما يتحالفان**) ش:، لأن الإقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع م: (**ويعود البيع الأول**) ش: حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة ، ولابد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخا لأنها كالبيع لا ينفسخ إلا بالفسخ ونحن ما أثبتنا .

هذا جواب عما يقال: النص لم يتناول الإقامة فما وجه جريان التحالف فيها ؟ فأجاب بقوله م: (**ونحن ما أثبتنا**) ش: أي في التقايل م: (**التحالف فيه بالنص لأنه**) ش: أي لأن النص هو قوله عليه السلام: « **إذا اختلف البيعان تحالفا وترادا** » م: (**ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين**) ش: بيع في حق غيرهما ، فإذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص ،م: (**وإنما أثبتناه**) ش: أي التحالف م: (**بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض**) ش: أي قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة ، وصار التحالف معقولاً وهو معنى قوله : م: (**والقياس يوافقه على ما مر**) ش: أي في أول الباب م: (**ولهذا**) .

ش:توضيح لقوله : وإنما أثبتناه بالقياسم: (**نقيس الإجارة على البيع قبل القبض**) ش: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة، م: (**والوارث على العاقد**) ش: يعني وارث البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (**والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري**) ش: يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة ، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عندنا تبعًا لعين المشتري، لكون النص إذ ذاك معقول المعنى .

وقال الأترازي: قوله والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، وهذا في النسخة المقابلة بنسخة المصنف -رحمه الله - وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى ، يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع .

وقال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري -رحمه الله - على« حاشية كتابه الصحيح» : استهلك المشترى بضم التاء على بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول أي نقيس قيمة المشترى المستهلك الذي استهلك في يد البائع .

قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- خلافاً لمحمد -رحمه الله- لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضًا. قال: ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن، فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم ،لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض ؛ لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ،ولو كان ذلك في بيع العين بعود البيع دل على الفرق بينهما . قال : وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت: تزوجتني بألفين ، فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة

وفي «المبسوط» : إذا قتل المبيع قبل البعض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها م: (قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - خلافًا لمحمد -رحمه الله - لأنه) ش: أي لأن محمد -رحمه الله - م: (يرى النص معلولاً بعد القبض أيضًا) ش: لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعين لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله - م: (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة) ش: بضم الكاف وتشديد الراء ، وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وقال الأزهري : الكُر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث كيلجات ، قال : وهو من الحساب اثنا عشر وسقًا ، والوسق ستون صاعًا ، م: (ثم تقايلا) ش: أي السلم م: (ثم اختلفا في الثمن) ش: يعني رأس المال م: (فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) ش: مع يمينه ، لأن رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر وإلا يتحالفان، م: (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) ش: أي الفسخ م: (لأنه) ش: أي الإقالة على تأويل التقائل م: (إسقاط) ش: للمسلم فيه وهو دين، والدين الساقط لا يعود م: (فلا يعود السلم) .

م: (بخلاف الإقالة في البيع) ش: فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينًا إلى المشتري بعد عوده إلى البائع ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضًا فرده بالعيب) ش: يعني بحكم القاضي بذلك م: (وهلك قبل التسليم إلى رب السلم ،لا يعود السلم ، ولو كان ذلك في بيع العين بعود البيع دل) ش: أي ما ذكرنا م: (على الفرق بينهما) ش: أي بين السلم وبين العين .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف ، وقالت تزوجني بالفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة) ش: أما قبول

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة ، معناه: إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ولا يفسخ النكاح ، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر، قضي بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لهما بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا انحط عنه قال- رضي الله عنه- ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ،

بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه ينكر الزوج مادة فكان عليه اليمين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها م: (**وإن أقاما**) ش: أي الزوجان م: (**البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه**) ش: أي معنى قول القدوري -رحمه الله - في «مختصره» فالبينة بينة المرأة م: (**إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته**) ش: قيد به ، لأنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر فبينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئًا ، لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل .

إليه أشار الإمام قاضي خان -رحمه الله -، م: (**وإن لم تكن لهما**) ش: أي للزوجين م: (**بينة**) ش: بعد الاختلاف في المهر عجزا عن إقامة البينة م: (**تحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله - ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده**) ش: أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع تفسد البيع لأنه ركن فيه م: (**على ما مر**) ش: في «كتاب البيوع» وفي «كتاب النكاح» أيضًا م: (**فيفسخ**) ش: أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا ينفسخ م: (**ولكن يحكم**) ش: بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسندًا إلى قوله م: (**مهر المثل**) ش: أي يجعل من المثل حكمًا .

وبين تفصيل ذلك بقوله م: (**فإن كان**) ش: أي مهر مثلها م: (**مثل ما اعترف به الزوج أو أقل**) ش: مما اعترف به الزوج م: (**قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له**) ش: أي ظاهر الحال يشهد للزوج لموافقة قوله من المثل م: (**وإن كان**) ش: أي مهر مثلها م: (**مثل ما ادعته المرأة أو أكثر**) ش: مما ادعته م: (**قضى بما ادعته المرأة**) ش: لأن الظاهر يشهد لها م: (**وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لهما بمهر المثل ، لأنهما لما تحالفا**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله -: م: (**لم تثبت الزيادة على مهر المثل ، ولا انحط عنه**) ش: أي عن مهر المثل .

م: (**قال- رضي الله عنه-**) ش: أي المصنف -رحمه الله - م: (**ذكر**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**التحالف أولاً ثم التحكيم،**) ش: أي ثم ذكر التحكيم بعده ، حاصله أنه ذكر

وهذا قول الكرخي -رحمه الله- ؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري، وتخريج الرازي - رحمه الله - بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف -رحمه الله- فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة

التحالف أولاً إذا اختلفا في المهر إذا لم يكن لها ، ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل، م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكره القدوري-رحمه الله - ، هكذا م: (**قول الكرخي -رحمه الله -؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها**) ش: أي اعتبار القسمة م: (**بالتحالف فلهذا يقدم**) ش: أي التحالف م: (**في الوجوه كلها**) ش: يعني إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه .

م: (**ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -**) ش: وبه قال الشافعي-رحمه الله - م: (**تعجيلاً لفائدة النكول**) ش: ،لأن أول التسليمتين عليه فأول اليمينين عليه ، لأن الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع ، وإليه ذهب الإمام الأسبيجابي -رحمه الله - في «شرح الطحاوي» ، وإليه ذهب المصنف -رحمه الله - أيضًا في هذا المقام، ولكن لم يعرض له في باب المهر م: (**كما في المشتري**) ش: فإنه يبدأ بيمينه أولاً . وقالوا في «شرح الجامع الصغير» : يبدأ التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحدهما عن الآخر م: (**وتخريج الرازي- رحمه الله - بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح**) ش: أي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح م: (**وذكرنا خلاف أبي يوسف -رحمه الله -**) ش: حيث قال : إن القول قول الزوج عند أبي يوسف -رحمه الله - في جميع ذلك، إلا أن يأتي بشيء مستنكر .

م: (**فلا نعيده**) ش: أي فلا نعيد بيان قول أبي يوسف -رحمه الله - هناك للاكتفاء بما ذكره هناك م: (**ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه**) ش: أي تدعي النكاح م: (**على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة**) ش: يعني أنه بحكم مهر المثل أولاً ، فمن شهد له فالقول له ، وإن كان بينهما فيتحالفان ؛وقد أوضح ذلك صاحب «الإيضاح» حيث قال: وإن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد ، وقالت المرأة: هذه الجارية فالكلام فيه كالألف والألفين إلا فصل واحد، وهو أن مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية ،أو أكثر فلها قيمة الجارية، لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي، فإذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة .

وقال شمس الأئمة البيهقي -رحمه الله -في «الكفاية» : إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية ، وإن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها، إلا أن

إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا، معناه: اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع ،وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة ،وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه

ترضى بأخذ العبد، لأن تمليك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه، ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع إلى قيمتها ، وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله : م: (**إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها ، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة**) ش: أي قيمة الجارية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن اختلفا في الإجارة**) ش: أي وإن اختلف المتآجران في الإجارة م: (**قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله - وقال المصنف -رحمه الله - م: (**معناه اختلفا في البدل أو في المبدل**) ش: أراد بالبدل الأجرة ، والمبدل المنافع التي وقع عند الإجارة عليها م: (**لأن التحالف في البيع قبل القبض**) ش: أي قبل قبض المبيع م: (**على وفاق القياس على ما مر**) ش: أشار إلى قوله في أول الباب لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر . . إلخ .

م: (**والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع**) ش: في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فألحقت الإجارة به ، فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها ، فكأنها قائمة تقديراً .

م: (**وكلامنا قبل استيفاء المنفعة**) ش: أي كلامنا الذي ذكرناه إنما هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه ، وأما إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى، م: (**فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة**) ش: **فإن قيل**: كان الواجب أن يبدأ يمين المؤجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الأجر ثم تجب الأجرة على المستأجر بعده؟ **أجيب**: بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو السبق إنكاراً فيبدأ به ، وإن لم يشترط لا يمتنع الأجر من تسليم العين المستأجرة، لأن تسليمه لا يتوقف على تسليم الأجرة فيبقى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف، م: (**وإن وقع**) ش: أي الاختلاف م: (**في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر**) ش: هذا على غير القاعدة ، والأصل أن يقال: المؤجر أو الأجر م: (**وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه**) ش: قال شمس الأئمة البيهقي في كتاب

وأيهما أقام البينة قبلت ، ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة . وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة . قال: وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد -رحمه الله- ؛لأن الهلاك إنما يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ،فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد ، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا

«الإجارات» : اختلفا في الأجرة قبل القبض فقال المستأجر : بخمسة وقال المؤجر : بعشرة ، أو في المدة ، فقال المؤجر : شهراً ، وقال المستأجر: شهرين أو المسافة ، قال : هذا إلى البصرة، وذلك إلى الكوفة ، يتحالفان وتفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، ومن أقام بينة تقبل ، فإن أقاما فالبينة للمؤجر إن كان الخلاف في قدر الأجر ونوعها أو جنسها ، وهذا كالشرح لقول المصنف : م: (**وأيهما أقام البينة قبلت ، ولو أقاماها**) ش: أي كل واحد أقام بينة م: (**فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة**) ش: لأنه أكثر ثباتًا .

م: (**وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما**) ش: أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع م: (**قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة**) ش: نظرًا إلى كثرة الإثبات م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن اختلفا بعد الاستيفاء**) ش: أي بعد استيفاء المعقود عليه م: (**لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا**) ش: أي عدم التحالف م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف وأبي حنيفة ، م: (**وكذا على أصل محمد -رحمه الله -**) ش: يعني ههنا م: (**لأن الهلاك إنما يمنع**) ش: أي التحالف م: (**عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه**) ش: لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين م: (**فيتحالفان عليها**) ش: أي على القيمة م: (**ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ،فلا قيمة**) ش: حتى يكون التحالف عليها م: (**لأن المنافع لا تتقوم بنفسها**) ش: لأنها عوض لا يبقى زمانين م: (**بل بالعقد**) ش: أي بل يتقوم بواسطة العقد م: (**وتبين أنه لا عقد**) ش: يعني ظهر بخلصهما أن لا عقد بينهما لانفساخه في الأصل ، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ .

م: (**وإذا امتنع**) ش: أي التحالف به بالإجماع م: (**فالقول للمستأجر مع يمينه ،لأنه هو المستحق عليه**) ش: ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه م: (**وإن اختلفا**

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال: وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله- ؛لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد ، والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه، والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن . ولأبي حنيفة-رحمه الله- :أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد ، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة ، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي ،وكان القول في الماضي قول المستأجر) ش: لأنه هو المتفق عليه فيما مضى .

وهو المدعى عليه م: (لأن العقد) ش: يعني في الإجارة م: (ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ش: فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر الفرق .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله -) ش: فالقول للعبد مع يمينه م: (وقالا:يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله -؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ،) ش: عند الاختلاف في الثمن م: (والجامع) ش: بينهما : م: (أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما إذا اختلفا) ش: أي المتبايعان م: (في الثمن) ش: أي في ثمن البيع ، م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله -: أن البدل) ش: أي بدل الكتاب م: (مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو) ش: أي التصرف م: (سالم للعبد) ش: لاتفاقهما على ثبوت الكتابة .

م: (وإنما ينقلب) ش: أي البدل م: (مقابلاً للعتق عند الأداء) ش: يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلاً في الحجر إلى كونه مقابلاً بالحجرية فههنا هي المقصود ، كما جعل وجوب الأجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلاً برقبة الدار ثم يصير مقابلاً بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا م: (فقبله) ش: أي قبل الأداء م: (لا مقابلة ، فبقي اختلافًا في قدر البدل لا غير) ش: يعني لا في المبدل .

والعبد لا يدعي شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر ، فإذا كان

فلا يتحالفان . قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة. لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها ، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل ، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه

كذلك م: (**فلا يتحالفان**) ش: لأن التحالف في المبيع يثبت نصًا بخلاف القياس فلا يحلق به ما ليس في معناه ، والكتابة ليست في معنى البيع ؛ لأن التحالف في المفاوضات عندنا يتحد بالحقوق اللازمة من الجانبين ، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدافع عن نفسه ، ولهذا لا تصح الكفالة به ولا يصح إلحاقه بالبيع ، فيكون القول للعبد مع يمينه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة**) ش: وقال قضي خان -رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم أو طلقها وادعى كل واحد منهما أنه له ، قال أصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والأسلحة والكتب ونحو ذلك ، فالقول فيها قول الرجل .

م: (**لأن الظاهر شاهد له**) ش: وفي الدعاوى : القول قول من يشهد له الظاهر ، وقال الشافعي وزفر وعثمان الليثي وأصحاب الظاهر -رحمهم الله - : ما يصلح له أو لها والمشكل فهو بينهما بعد التحالف ، وكذا في يد ورقهما . وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري : ما يصلح له فهو له مع يمينه، وما يصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف ، وقال مالك -رحمه الله - نحوه ، إلا أنه قال : المشكل للرجل ، وقال ابن شبرمة : الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها . وقال الحسن البصري -رحمه الله - : إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها ، إلا ما على الرجل من ثياب بدنه وإن كان البيت له فالكل له لأن البيت وما فيه في يده م: (**وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية**) ش: والملاءة ، والوقاية ما تشده المرأة على [. . .] رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها مع الخمار كالملحفة م: (**لشهادة الظاهر لها**) ش: أي للمرأة م: (**وما يصلح لهما**) ش: أي للزوجين م: (**كالآنية فهو للرجل**) ش: وقال قاضي خان -رحمه الله - : المشكل ما يصلح لها كالفرن والشاة والعبد والخادم والأواني والأمتعة والذهب والفضة والعقار ، وقال التمرتاشي -رحمه الله - ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين، إلا أن يكون الرجل صائغًا وله أساوير وخواتيم النساء وحلي وخلخال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا تكون هذه الأشياء لها .

وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة [. . .] والمنطقة م: (**لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها، لأنه**) ش: أي لأن ظاهر اليد

يعارضه ظاهراً أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فـما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكـرناه قول أبي حنيفة -رحمـه الله- ، وقال أبو يوسف- رحمـه الله -: يدفع إلى المرأة ما يجهـز به مثلها والبـاقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا مـعارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام موروثهم ، وقال محمد -رحمه الله-: ما كان للرجال فهو للرجل وما كـان للنساء فهو للـمرأة ، وما يكون لهمـا فهو للرجل أو لورثتـه لما قلنا لأبي حنيفة -رحـمه الله-

---

م: (**يعارضه ظاهراً أقوى منه ،**) ش: وهو بدل الاستعمال فكان القول لها ، كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه ، فإن اللابس أولى ، بخلاف الإسكاف والعطار إذا اختلفا فيه ، لأن الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يترجح بالاختصاص ، لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهة ، ولم يشاهد استعمال الأساكفة والعطارين ، وشاهدنا : كون هذه الآن في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين .

م: (**ولافرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما**) ش: أي أحد الزوجين م: (**واختلفت ورثته**) ش: أي ورثة الميت م: (**مع الآخر**) ش: وهو الحي منهما ، م: (**فما يصلح للرجال والنساء**) ش: كالأواني والبسط ونحوها م: (**فهو للباقي منهما**) ش: أي من الزوجين م: (**لأن اليد للحي دون الميت**) ش: لأنه لا يد له .

م: (**وهذا الـذي**) ش: وهذا المجموع الذي م: (**ذكـرناه**) ش: من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من أول المسألة إلى آخرها م: (**قول أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، وعلى هذا قوله : م: (**وقال أبو يوسف-رحمه الله -؛ يدفع إلى المرأة ما يجهـز به مثلها**) ش: معناه مما يصلح لها م: (**والبـاقي للزوج مع يمينه لأن الـظاهر أن المرأةتأتي بالجهـاز، وهذا**) ش: أي ظاهر المرأة م: (**أقـوى**) ش: لجريان العادة بذلك م: (**فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر**) ش: فكان معتبراً .

م: (**والطلاق والموت سواء لـقيام الورثة مـقام موروثهـم ، وقال محـمد -رحـمه الله -: ما كان للرجال فهو للـرجل وما كان للنساء فهو للمـرأة وما يكون لهما**) ش: أي وما كان يصلح للزوجين م: (**فهو للـرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة -رحـمه الله -**) ش: في «الـدليل »، وهو أن المرأة ومـا في يدها للـزوج والقـول لصاحـب اليـد وهـذا بالنسبـة إلى الحيـاة ، وأمـا بالنسبة إلى الممـات

والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى ، وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات .

فقوله : م: (**والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث**) ش: وفي الفوائد، قال محمد -رحمه الله - : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فيما له فكما أن المشكل له في حياته مع يمينه ، فكذا كان القول لورثته م: (**وإن كان أحدهما**) ش: أي أحد الزوجين .

م: (**مملوكًا فالمتاع للحر في حالة الحياة؛ لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات**) ش حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في يديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البينة استويا فيه .

فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البينة ، وقال الكاكي -رحمه الله - قوله : «وللحي بعد الممات» سواء كان الحي حرًا أو مملوكًا ، هكذا ذكره في نسخ «شرح الجامع الصغير» .

ولكن ذكر فخر الإسلام شمس الأئمة -رحمه الله - في « شروح الجامع الصغير» : لو كان أحدهما حرًا والآخر مملوكًا فالمتاع للحر منهما ، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما، ثم قال : وما وقع في بعض النسخ «للحي منهما »سهو .

وفي رواية محمد -رحمه الله - والزعفراني للحر بالراء ، وذكر في « المختصر السراجي السعيد » : ولو كان أحدهما مملوكًا فاختلفا بعد الفرقة في الأمتعة المشكلة فالقول قول الحر لقوة يده عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وعندهما : سواء .

وذكر في « جامع البزدوي » -رحمه الله - : والمتاع للحر منهما غير مقيدة بالمشكل وجرح به في مختلف العقبة ، والأقضية أن المتاع كله للحر عنده ، وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين .

* * *

فصل فيمن لا يكون خصماً

وإن قال المدعى عليه : هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب ، أو رهنه عندي ، أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا إذا قال أجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة .وقال ابن شبرمة -رحمه الله-: لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا :مقتضى البينة شيئان : ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي، وهو خصم

م: (**فصل فيمن لا يكون خصمًا**)

ش: أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصمًا عند الدعوى ، ولما ذكر فيما مضى من يكون خصمًا ذكر هنا من لا يكون خصمًا ، وبضدها تتبين الأشياء قيل: الفصل مشتملاً أيضًا على ذكر من يكون خصمًا ، وأجيب: نعم من حيث الفرق لا من حيث القيد الأصلي م: (**وإن قال**) ش: و«في بعض النسخ» فإن قال م: (**المدعى عليه :هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي**) ش: صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له، فقال ذو اليد: هو لفلان الغائب أودعنيه . . إلخ .

وأقام ذو اليد بينة على ما قاله فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي . وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - والشافعي والأظهر ، وقال ابن شبرمة له يندفع به ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في المنصوص عليه، م: (**وكذا**) ش: أي لا خصومة م: (**إذا قال**) ش: ذو اليد : م: (**أجرنيه**) ش: فلان م: (**وأقام البينة لأنه**) ش: أي وكذا لأن ذا اليد م: (**ثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن شبرمة:**) ش: هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الطبي أبو شبرمة الكوفي -رحمه الله - القاضي فقيه أهل الكوفة ،عدداه في التابعين ، روى عن أنس بن مالك -رحمه الله - ، وقال العجلي -رحمه الله-: كان قاضيًا لأبي جعفر على سواد الكوفة وضياعها ،وكان فاضلاً ناسكًا ثقة في الحديث ، مات سنة أربع وأربعين ومائة .

م: (**لا تندفع**) ش: أي الخصومة م: (**لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه**) ش: أي عن الغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر، إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، م: (**ودفع الخصومة بناء عليه**) ش: أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر م: (**قلنا مقتضى البينة شيئان : ثبوت الملك للغائب**) ش: أي أحدهما ثبوت الملك للغائب .

م: (**ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي**) ش: أي والثاني : دفع الخصومة عن نفسه م: (**وهو خصم فيه**) ش: لأن مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة ، ولا إثبات الملك للغائب أو فيما هو المقصود ، والمدعي خصم له فيه فتقبل بينته .

فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة كإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى ؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره .وقال أبو يوسف -رحمه الله- آخراً إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ؛لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه .ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ،

م: (فيثبت) ش: يد الحفظ م: (وهو كالوكيل بنقل المرأة) ش: إلى زوجها م: (كإقامتها البينة على الطلاق) ش: فإنها تقبل بقصر يد الوكيل عنها ، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب م: (كما بيناه من قبل) ش: أي في باب الوكالة بالخصومة .

والقبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق، م: (ولا تندفع) ش: أي الخصومة م: (بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى) ش: هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، أبو عبد الرحمن الكوفي -رحمه الله- الفقيه قاضي الكوفة ، فيه مقال ، مات سنة ثمان وأربعين ومائة . ومذهبه أنه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد إقراره أن يده يد حفظ لا يد خصومة .

م: (لأنه صار خصمًا) ش: دليلها يعني توجهت الخصومة إليه م: (بظاهر يده) ش:، وهذا يبين ما كان للقاضي إحضاره ويكتب إليه بالجواب م: (فهو بإقراره يريد أن يحول حقًا مستحقًا على نفسه) ش: فهو متهم في إقراره م: (فلا يصدق إلا بحجة) ش: كما لا يصدق المدعي دعوى الملك إلا بحجة .

وكذا م: (كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره) ش: بالحوالة ، فإنه لا يصدق إلا بحجة .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله - آخراً :) ش: تندفع الخصومة كما كانت البينة م: (إن كان الرجل) ش: أي ذو اليد م: (صالحًا) ش: أي غير معروف إلا بالخير والصدق، م: (فالجواب كما قلناه) ش: أي تندفع الخصومة كما قامت البينة ، م: (وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) ش: أي المال الذي غصبه من إنسان م: (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود) ش: حتى جاء المالك وأراد أن يثبت ملكهم: (فيحتال لإبطال حق غيره) ش: بأن يقيم بيننة على أن فلانًا أودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة عنه .

م: (فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله) ش: وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوط» ما ذهب

ولو قال الشهود : أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين ليمكن المدعي من اتباعه ،فلو اندفعت لتضرر به المدعي، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذلك الجواب عند محمد -رحمه الله - للوجه الثاني، وعند أبي حنيفة -رحمه الله - تندفع لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره،حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة، وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده

إليه أبو يوسف -رحمه الله - : صح استحسان ذهب إليه بعدما ابتلي بالقضاء ، لأنه لما رضي بالقضاء فوقف على أحوال الناس ما لا يعرفه غيره ، وما قالا قياس، لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ، ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم .

قلت : زماننا هذا أكثر فساداً لغلبة التزوير وكثرة الحيل بالاحتياط فيه واجب، م: (**ولو قال الشهود :أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه**) ش: أي ولأن ذي اليد م: (**ما أحاله إلى معين ليمكن المدعي من اتباعه، فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ، ولو قالوا: نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد -رحمه الله - للوجه الثاني**) ش: أي الشهود ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه .

م: (**وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: تندفع**) ش: الخصومة ،م: (**لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره ،حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول**) ش: وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه للعلم بيقين ، حينئذ أن المودع غير المدعي ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، م: (**فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أضر بنفسه**) ش: هذا جواب عن قول محمد -رحمه الله - : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي .

ووجهه أن المدعي أضر نفسه بالضرر اللاحق ، م: (**حيث نسي خصمه أو أضره شهوده**) ش: أي شهود المدعى عليه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه ، وإليه أشار بقوله : « هذا الشيء أودعته فلان» فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج ؛ وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة ، وإن أقام البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصمًا للمدعي في العين بظاهر يده فإن ظاهر اليد يدل على الملك إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك ، وبإقامة البينة أن العين وديعة عنده يظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة ، أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه يثبت خصمًا للمدعي بذمته وبما أقام المدعي من البينة ، على أن العين كانت في يده وديعة لا تبين أن ذمته كانت لغيره ، فلا تتحول عنه الخصومة .

دون المدعى عليه ،وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الأقوال الخمسة وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصمًا ، وإن قال المدعي : غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة ، لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ، ويصح دعوى الفعل وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد : أودعنيه فلان ، وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان ، وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب

م: (**دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى**) ش: أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من« الأصل» تسمى المخمسة لما فيها من خمسة أوجه ، لأن ذا اليد قال : هذه وديعة أو عارية أو إجارة أو رهن، أو غصب أو تسمى بخمسة لأن فيها خمسة أقاويل ، أشار إليه بقوله : م: (**وذكرنا الأقوال الخمسة**) ش: لعلمائنا الثلاثة -رحمهم الله - ولابن أبي ليلى ولابن شبرمة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (**وإن قال: ابتعته من الغائب فهو خصم**) ش: يعني إذا ادعى على ذا اليد عينـًا ، فقال ذو اليد : « اشتريتها من الغائب» لا تندفع الخصومة م: (**لأنه لما زعم أن يده يد الملك اعترف بكونه خصمًا**) ش: كما لو ادعى ذو اليد ملكًا مطلقًا م: (**وإن قال المدعي :«غصبته مني» أو «سرقته مني» لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة**) ش:بيانه : أن المدعي إذا ادعى فعلاً على ذي اليد ، وقال : الدار داري أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو ارتهنتها مني ، وقال المدعى عليه الذي في يده الدار : إنها لفلان الغائب أودعها أو غصبتها منه وغير ذلك ، وأقام على ذلك البينة ؛ فإن الخصومة لا تندفع عنه، م: (**لأنه**) ش: أي لأن ذا اليد م: (**إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده**) ش: وصيرورته خصمًا في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلاً فضلاً عن أن يفتقر إلى ملك ويد خصومة ، ولهذا اتضح دعوى الملك المطلق باعتبار يده ، حتى لا تصح دعواه أي دعوى المدعي على غير ذي اليد .

ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليدم: (**بخلاف دعوى الملك**) ش: أي دعوى المدعي لما ملك م: (**المطلق ،لأنه خصم فيه**) ش: ، أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق م: (**باعتبار يده حتى لا تصح دعواه**) ش: أي دعوى المدعي م: (**على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل**) ش: أي غير ذي اليد م: (**وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد :أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان، وقال محمد: تندفع**) ش: أي الخصومة م: (**لأنه لم يدع الفعل عليه**) ش: أي على ذي اليد .

بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فألحقت بالعدم م: (**فصار كما إذا قال: غصب**

مني على ما لم يسـم فاعله . ولهمـا: أن ذكر الفعل يسـتدعي الفاعل لا مـحالة ، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعـينه درءًا للحد شـفقة عـليه ، وإقامـة لحسـبة السـتر فصـار كمـا إذا قال سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحتـرز عن كشفه ، وإن قال المدعي : ابتعته من فلان وقال صاحـب اليد : أودعنيه فلان ذلك أسـقطت الخصومة بغـير بينة ، لأنهما لما توافـقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته ، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانًا وكله بقبضه ؛لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها والله أعلم.

مني على ما لـم يسم فاعله) ش: لأن فيه تجهيل الغاصب م: (ولهما :) ش: أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف -رحمهما الله - : م: (أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة) ش: لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور .

م: (والظاهر: أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه) ش: أي لم يعين السارق م: (درءًا) ش: أي دفعًا م: (للحد شفـقة عليه وإقامـة لحسبة الستـر فصار كمـا إذا قال: سرقت) ش: بالخطاب المذكر م: (بخلاف الغصب، لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه) ش: فإنه غير معذور في التجهيل م: (وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت) ش: أي أشد إسقاطًا م: (الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافـقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولهـا إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقـيم البينة أن فلانًا وكله بقبضه ، لأنه أثبت بينته كونـه أحق بإمساكها) ش: ولو طلب المدعي بينة على ما ادعى من الإيداع يحلف على الثبات .

ولو قـال ذو اليـد : أودعني وكـيله لا يصـدق إلا ببينة ، لأن الوكـالة لا تثبت إلا بقـوله ،م: (والله أعلم) .

***

باب ما يدعيه الرجلان

قال : وإذا ادعى اثنان عينًا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنهـا له وأقاما البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي -رحمه الله - في قول : تهاترتا،وفي قول : يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحـالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة ، وقـد تعذر التمييز فيـتهاتران أو يصار إلى القرعة ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه ، وقال :« اللهم أنت الحكم بينهما ».

م: (**باب ما يدعيه الرجلان**)

ش: أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان ، ولما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين ، لأنه بعد الواحد .

م: (**قـال**) ش: أي القـدوري م: (**وإذا ادعى اثنان عـينًا في يد آخر كل واحـد منهما يزعـم أنها له وأقامـا البينة قضى بهـا بينهما . وقـال الشافعي، في قـول: تهاترتا**) ش: أي البينتان تساقطتا من التهر بكسر الهاء ، وهو السقط من الكلام والخطأ ، وهذا قوله القديم ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية، م: (**وفي قول يقرع بينهما**) ش: ويقضي لمن خرجت قرعته ، وبه قال أحمد في رواية .

وفي قول للشافعي وأحمد في رواية : يقضي لمن خرجت قرعته بيمين، وعن مالك : يقضي بأعدل البينتين ، فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهمـا نصفين . وقال الأوزاعي وابن الماجشون المالكي : يقضي بأكثرهم عددًا لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر .

م: (**لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل**) ش: يعني في كل العين م: (**في حـالة واحدة ، وقـد تعذر التـميـيز**) ش: أي تمييز العـادلة من الكاذبة ، فـإذا كـان كـذلك م: (**فيتهاتران**) ش: أي فيتساقطان م: (**أو يصار إلى القرعة ، لأنه عـليه الصلاة والسلام**) ش: لأن النبي ﷺ م: (**أقرع فـيه وقال :« اللهم أنت الحكم بينهـما »**) ش: هذا رواه الطبراني في «معجمه الأوسط» بإسناده إلى سعيـد بن المسيب عن أبي هريرة : أن رجلين اختـصمـا إلى رسول الله ﷺ في شيء فأقام كل واحد منهما البينة ، فأقرع بينهما [1] هكذا ذكر الأترازي لفظه ، ولفظ الطبراني : فأقام كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة ، فساهم رسول الله ﷺ بينهما ، وقال: « **اللهم**

---

(١) ضعيف : عزه الزيلعي للطبراني في « الأوسط» ، وذكر إسناده قال : حدثنا علي بن سعيد الرازي ثنا أبو مصعب ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن أسامة بن زيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج ثنا سعيد بن المسيب عن أبي هريرة . . . مرفوعًا .

قلت: وإسناده ضعيف فيه شيخ الطبراني وهو فيه لين ، وأسامة بن زيد القرشي وهو ضعيف ، وقد خالف الليث بن سعد أسامة بن زيد فرواه عن بكير عن سعيد مرسلاً . رواه أبو داود في « المراسيل». (٣٥٨) ، ولا شك أن القول قول الليث ، وذكر الرواية موصولة منكر .

ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين »وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك ، والآخر اليد، فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله ،

اقض بينهما» ، ورواه أبو داود عن ابن المسيب مرسلاً، وكذا رواه عبد الرزاق مرسلاً ، ورواه عبد الحق في أحكامه . وقال : وهذا مرسل ضعيف ، لأن عبد الرزاق رواه عن نعيم بن يحيى الأسلمي ،قال : هو متروك .

م: (**ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين**) ش:(1)هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة : حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين . . . إلخ ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن سماك بن حرب ، ورواه البيهقي في كتاب «المعرفة» عن الحاكم بسنده عن أبي عوانة أخبرنا سماك بن حرب به ، وقال هذا [. . .].

قلت: تميم بن طرفة الطائي المسلمي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين ، وروى عنه مسلم بن طرفة ، ولا يحتج بهذا لانقطاعه ، ويحتج بحديث أبي هريرة ، رواه إسحاق بن راهويه وابن حبان في «صحيحه» : أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين . وروى الطبراني في «معجمه» بإسناده عن جابر بن سمرة : أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير ، فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له ، فجعله النبي ﷺ بينهما .

م: (**وحديث القرعة كان في الابتداء**) أي في ابتداء الإسلام م: (**ثم نسخ**) ش: بما حرم القمار وكان مباحًا، م: (**ولأن المطلق**) ش: بكسر اللام ، أي المجوز م: (**للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد**) ش: أي اعتمد اليد، لأن الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة ، لأن ذلك يثبت لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد شبهة الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك م: (**فصحت الشهادتان ،فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله**) ش: أي يقبل التنصيف

---

(١) ضعيف : عزاه الزيلعي لابن أبي شيبة في « المصنف» وذكر إسناده قال : حدثنا أبو الأحوص عن جمال عن تميم بن طرفة ؛ وعزاه لعبد الزراق في « المصنف» أيضًا قال : أخبرنا الثوري وإسرائيل عن سماك به . ورواه البيهقي في« السنن (١٠/ ٢٥٩) ، عن أبي عوانة ثنا سماك بن حرب به ، وقال : هذا منقطع . قلت : مع ضعف سماك بن حرب نفسه .

وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. قال :فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة ، وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال:ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ،وهذا إذا لم تؤقت البينتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى ، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما . وإن أقام الآخر البينة قضي بها، لأن البينة أقوى من الإقرار ، ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه ، إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقًا، لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت

وصار هذا كالمعلل سرجه ، نحو إن باع فضولي مال آخر ، وباع فضولي من آخر ذلك المال وأجاز مالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف ، فكذا هذا .

م: (**وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق:**) ش: إن المدعي قابل للاشتراك ، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في الشركة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال:**) ش: أي القدوري م: (**ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين**) ش: قال السعدي : لا يترجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث : أحدها : إقرار المرأة ، والثاني : كونها في يد أحدهما ، والثالث : دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق ، كذا في «الخلاصة» .

م: (**وهذا**) ش: أي الحكم المذكور م: (**إذا لم تؤقت البينتان**) ش: أي إذا لم يذكر تاريخًا ، م: (**فأما إذا وقتا**) ش: أي ذكر كل واحد منهما تاريخًا م: (**فصاحب الوقت الأول**) ش: أي التاريخ السابق م: (**أولى**) ش: لما فيه من زيادة الإثبات ، ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان م: (**وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما**) ش: على الزوجية ؛ لأنها ليست في يد أحد وهي في يد نفسها ، فيعتبر إقرارها بالزوجية م: (**وإن أقام الآخر البينة قضى بها؛ لأن البينة أقوى من الإقرار**) ش: لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة .

م: (**ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ،لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه**) ش: أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول م: (**إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقًا**) ش: على شهود ، فحينئذ ينتقض الأول م: (**لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت**

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصارا كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) ش: أي إلا على وجه: أن بينته تشهد أن نكاحه قبل نكاح الأول ، فحينئذ ينتقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين، وهذا كله إذا كان التنازع حال قيام المرأة، أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه ، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح له والميراث له ويجب عليه تمام المهر؛ وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منهما ميراث زوج واحد.

فرق بين الدعوى في حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة، والفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة وهي لا تصلح مشتركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ. هكذا ذكر في « الفضول».

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد**) ش: قال المصنف : م: (**معناه**) ش: أي معنى كلام القدوري م: (**من صاحب اليد**) ش: إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي أنه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب م: (**وأقاما بينة**) ش: بينة من غير توقيت م: (**كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب**) ش: وبه قال مالك في رواية، وأحمد في رواية ، والشافعي في رواية . وقال الشافعي - رحمه الله - في قول آخر : يقرع ؛ وبه قال أحمد في رواية .

وعن الشافعي قول : « تسقط البينتان» ويرجع إلى البائع فإن صدق أحدهما سلم إليه ، وهل يحلف الآخر على القولين؟ والأصح لا يرجح بإقرار البائع .

وبه قال أكثر أصحابه ، بل يقسم نصفين أو يقرع، م: (**فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين**) ش: قضى بينهما نصفين م: (**يخير كل واحد منهما**) ش: أي من الاثنين الذي ادعى كل واحد أنه اشترى هذا العبد .

لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد . وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما : لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه ، لأنه صار مقضيًا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع ؛ لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف

م: (**لأنه تغير عليه شرط عقده**) ش: وهو رضاه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق المصنفة عليه م: (**فلعل رغبته في تملك الكل**) ش: أي كل العبد م: (**فيرده ويأخذ كل الثمن**).

ش: فإن قيل: كذب أحد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملاً في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البينات؟ . أجيب: بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد ، فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببًا في وقت أطلق له الشهادة به م: (**لو أراد**) .

م: (**وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيًا عليه في النصف ، فانفسخ البيع فيه**) ش: أي في النصف ، لأنه صار مقضيًا عليه بالنصف لما قضى القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف ، فلا يعود إلا بتجديد العقد، م: (**وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه**) ش: أي لثبوت استحقاقه م: (**بالبينة**).

ش: وهذا جواب عما يقال : وهو يدع ، فكيف يكون مقضيًا عليه؟ ، فأجاب: بقوله« لظهور استحقاقه» ، أي لثبوت استحقاقه بالبينة ، وهذا لأن استحقاق كل واحد للكل ثابت نظراً إلى بينته ، وإذا لم يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه ، وهو معنى قوله : م: (**لولا بينة صاحبه**) ش: يعني لولا بينة صاحبه أظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بإسناد جديد .

م: (**بخلاف ما لو قال ذلك**) ش: أي قوله« لا أختار» م: (**قبل تخيير القاضي**) ش: وهو القضاء عليهم: (**حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه**) ش: أي أثبت شراءه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء ، وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة قضى له بالكل .

وفي نسخة شيخي العلامة العلاء بعد قوله «ولم يفسخ سببه» م: (**والعود إلى النصف**

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. ولو ذكر كل واحد منهما تاريخًا فهو للأول منهما ، لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به . ولو وقتت إحداهما ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإن لم يذكرا تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى ، ومعناه أنه في يده

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء) ش: انتهى بيانه فيما ذكرنا الآن بقولنا : لأن القضاء له بالنصف إلى آخر قوله : ونظيره إلى نظير ما إذا قال أحد المدعيين : لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي ، حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين ، يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار إن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله : نظائر الأول تسليمه بعد القضاء .

م: (**ولو ذكر كل واحد منهما تاريخًا**) ش: أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد وأقام كل منهما بينة بالتاريخ م: (**فهو للأول منهما**) ش: أي للأسبق منهما بالتاريخ ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - ، واختاره المزني ويحكم من نص الشافعي في قول البويطي : أنه لا ترجيح فيه بالسبق م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي قامت بينته بالسبق م: (**أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به**) ش: أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين به ، أي بإثبات الشراء في زمن لا تعارضه البينة الأخرى ، وهو استحقها في ذلك الوقت ، فتبين أن الآخر اشتراه من غير المالك ، فكان باطلاً بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين ومؤرختين بتاريخ واحد ، فإنه لا يعلم شراء أحدهما من غير المالك ، فتعارضتا .

م: (**ولو وقتت إحداهما**) ش: أي ولو ذكر أحد البينتين التاريخ م: (**ولم تؤقت الأخرى**) ش: أي البينة الأخرى م: (**فهو لصاحب الوقت**) ش: وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي قول أحدهما سواء ، وبه قال أحمد م: (**لثبوت الملك**) ش: أي ملك صاحب الوقت م: (**في ذلك الوقت، واحتمل الآخر**) ش: أي الوقت الآخر م: (**أن يكون قبله**) ش: أي قبل الوقت الأول م: (**أو بعده**) ش: أو يكون بعد الوقت الأول ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يقضى له بالشك**) ش: لأن الحكم لا يثبت بالشك .

م: (**وإن لم يذكرا تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى**) ش: هذا كلام القدوري ، وقال المصنف : م: (**ومعناه**) ش: أي معنى كلام القدوري ومع أحدهما قبض م: (**أنه في يده**) ش: أي القبض ثابت في يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله و«مع أحدهما قبض» يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان، وهو في الحال في يد البائع .

لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ،ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتًا لما بيناه إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد؛لأن الصريح يفوق الدلالة . قال : وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضًا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا ، والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم ؛ لأنه يرجع إلى المال ،

ويجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا ، حيث ذكر في «الذخيرة» ثبوت يد أحدهما بالمعاينة ، م: (**لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما**) ش: أي ولأن الاثنين م: (**استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا إذا ذكر الآخروقتًا**) ش: أي إذا ذكر بينة الآخر وقتًا لم ينتفع به ولا يعلم فيه خلاف ، لأن القبض إذا وجد ولم ينتقض بالشك ووقت الآخر يحتمل ، فلا ينتقض اليد الثابتة بيقين م: (**لما بيناه**) ش: أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضة . . . إلخ .

م: (**إلا أن يشهدوا**) ش: أي الشهود الخارج م: (**أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة**) ش: فإذا كان كذلك فينتقض به إليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضًا**) ش: أي ادعى هبة وقبضًا ، وهذا كلام القدوري . وقال المصنف : م: (**معناه من واحد**) ش: أي كلام القدوري من رجل واحد ، لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر يكون بينهما نصفين ، فلا يكون الشراء أولى وسيجيء ذلك، م: (**وأقاما بينة**) ش: إن أقام كل واحد بينة بما ادعاه م: (**ولا تاريخ معهما**) ش: ، أو والحال أن واحدًا منهما ليس معه تاريخ م: (**فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين**) ش: أي من جانب البائع وجانب المشتري بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشراء م: (**يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض**) ش: لأنها لا تتم إلا بالقبض، م: (**وكذا الشراء والصدقة مع القبض**) ش: يعني إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض م: (**لما بينا**) ش: أشار بها إلى قوله : « لأن الشراء أقوى من الهبة» م: (**والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع**) ش: والافتقار إلى القبض، م: (**ولا ترجيح باللزوم**) ش: هذا جواب عما يقال : لا نسلم التساوي ، فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة .

وتقرير الجواب : أنه لا ترجيح باللزوم؛ م: (**لأنه يرجع إلى المال**) ش: أي مما يظهر أثره في

والترجيح بمعنى قائم في الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عند البعض؛ لأن الشيوع طارئ. وعند البعض: لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع . قال: وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه ،

ثاني الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل م: (**والترجيح بمعنى قائم في الحال**) ش: يعني الأصل أن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال لا في المال .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي : إن الشراء أقوى من الهبة ، لأنه يقبل الملك بنفسه والهبة لا تقبل الملك بدون القبض ، وكذا الشراء أولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد -رحمه الله- ، وكذلك قول أبي يوسف -رحمه الله- ، إلا في الشراء والنكاح فإنها تكون بينهما نصفين ، والرهن أولى من الهبة ، والصدقة والنكاح أولى من الهبة ، والصدقة والهبة سواء .

م: (**وهذا**) ش: أي الحكم بالتنصيف بينهما م: (**فيما لا يحتمل القسمة صحيح**) ش: كالحمام والرحى، م: (**وكذا فيما يحتملها**) ش: أي فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان صحيح م: (**عند البعض**) ش:، لأن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل ، إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض م: (**لأن الشيوع طارئ**) ش: فلا تبطل الهبة م: (**وعند البعض: لا يصح ، لأنه تنفيذ الهبة في الشائع**) ش: وصار كإقامة البينتين على الارتهان .

قيل: هذا قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، أما عند أبي يوسف ومحمد: فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين، م: (**وهذا أصح**) ش: أي قول البعض أصح ، يعني لا يصح في قولهم جميعًا ، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار ، فإنما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقد لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعًا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- : م: (**وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه**) ش: ، صورته : ادعى أحد الاثنين أنه اشترى هذا العبد من فلان ذي اليد ، وادعت امرأة أنه ، أي أن هذا المدعى عليه، تزوجها عليه أي على العبد ، وأقام كل منهما البينة م: (**فهما سواء**) ش: يعني المدعي والمرأة سواء ، يعني يقضى بالعبد بينهما نصفين م: (**لاستوائهما في القوة**) ش: أي في قوة الدعوة بالبينة ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**فإن كل واحد منهما**) ش: أي من الشراء والتزوج م: (**معاوضة يثبت الملك بنفسه**) ش: فتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق ، هذا إذا لم

وهذا عند أبي يوسف -رحمه الله- .وقال محمد- رحمه الله - : الشراء أولى ، ولهما على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه . وإن ادعى أحدهما رهنًا وقبضًا والآخر هبة وقبضًا وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ؛لأنها تثبت الملك ، والرهن لا يثبته . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ، وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى

يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى . **فإن قيل** : الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في الموضعين ، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب الضمان في المنكوحة ، فكان الشراء أقوى ؟ .

قلنا : بل النكاح أقوى من الشراء من وجه ، لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدًا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم ، بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض ، بخلاف المشتري فإن لم يرجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة .

ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقد إياه .

م: (**وهذا**) ش: أي قوله : « فهما سواء ، أو يقضى بينهما» م: (**عند أبي يوسف -رحمه الله-** . **وقال محمد -رحمه الله- : الشراء أولى ، ولهما**) ش: أي للمرأة م: (**على الزوج القيمة**) ش: أي قيمة العبد م: (**لأنه أمكن العمل بالبينتين**) ش: لأن تصحيح البينات واجب ما أمكن حسنًا للظن بالشهود ، وذلك م: (**بتقديم الشراء**) ش: فتحًا بسبق الشراء صح ، وصحة التسمية في النكاح ، لأن التزوج على عبد الغير صحيح ، وهو معنى قوله : م: (**إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه**) ش: ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع ، فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء ، لأنه يقضي إلى تصحيح البينتين جميعًا ، فكان الشراء أولى ، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك ، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صح ، ووجبت القيمة فكذلك هذا .

م: (**وإذا ادعى أحدهما رهنًا وقبضًا والآخر هبة وقبضًا وأقامًا بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ؛ لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته**) ش: لأن الرهن يثبت اليد ، والملك أقوى من اليد ، فكانت الهبة أولى .

م: (**وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون**) ش: ولهذا قلنا : إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، م: (**وبحكم الهبة**) ش: أي المقبوض بحكم الهبة م: (**غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى**) ش: لأنه أكثر إثباتًا م: (**بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء، والبيع أولى**

من الرهن ؛ لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لا صورة ، فكذا الهبة بشرط العوض .وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ والأقدم أولى لأنه أثبت أنه أولى المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ، ولم يتلق الآخر منه.قال: ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه .

من الرهن لأنه) ش: أي لأن البيع م: (**عقد ضمان يثبت الملك صورة**) ش: أي من حيث الصورة في الحال م: (**ومعنى**) ش: أي من حيث المعنى في المال م: (**والرهن لا يثبته**) ش: أي الملك م: (**إلا عند الهلاك معنى**) ش: أي من حيث المعنى، يعني إذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب الكفن على الراهن دون المرتهن، لأنه لم يثبت ملكه ، وقوله : م: (**لا صورة**) ش: أي لا من حيث الصورة في الحال م: (**فكذا الهبة بشرط العوض**) ش: أي وكذا أقوى من الرهن لما ذكرنا الآن .

م: (**وإن أقام الخارجان البينة على الملك**) ش: صورته إذا ادعى اثنان على آخر في عين وأقام كل منهما بينة على الملك يعني بأنه ملكه مطلقًا م: (**والتاريخ**) ش: بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ م: (**فصاحب التاريخ الأقدم أولى**) ش: فإن كان تاريخ أحدهما شهر مثلاً ، وتاريخ الآخر بأكثر منه فيهما كان السابق في التاريخ أولى م: (**لأنه أثبت أنه أولى المالكين ، فلا يتلقى الملك إلا من جهته**) ش: أي إلا من جهة أنه أول المالكين، م: (**ولم يتلق الآخر منه**) ش: فلا شيء له .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو ادعيا الشراء من واحد**) ش: أي ادعى كل منهما أنه اشترى هذه العين من واحد، كذا قال القدوري . وقال المصنف -رحمه الله - : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري من واحدم: (**من غير صاحب اليد**) .

قال الأترازي : فيه نظر ، لأن معنى دعوى الشراء من واحد معنى تلقي الشراء من واحد لا من اثنين ، وذلك الواحد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث، أو في يد أحدهما ، أو في أيديهما ، ولا معنى لقوله : « معناه من غير صاحب اليد »، انتهى .

وقال الكاكي -رحمه الله تعالى - : في تقييده بهذا القيد، معناه من غير صاحب اليد ليست زيادة فائدة ، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواها الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع وجد أو لا يعلم فيه خلافًا، ذكره في«الذخيرة» م: (**وأقاما البينة على تاريخين**) ش: أي أو أقام المدعيان المذكوران بينة على تاريخين مختلفين، م: (**فالأول**) ش: أي صاحب التاريخ الأول م: (**أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه**) ش: أي في ذلك الوقت .

وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر ، وذكرا تاريخًا فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما، فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل . ولو وقتت إحدى البينتين وقتًا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ، لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ،بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخًا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره ، والثالث الميراث من أبيه ، والرابع الصدقة والقبض من آخر فقضى بينهم أرباعًا ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق . قال : فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ ولصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخًا كان أولى ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف- رحمهما الله - ، وهو رواية عن محمد - رحمه الله -

---

م: **(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء)** ش: أي على أن كل واحد اشترى م: **(من آخر)** ش: أي أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلاً، وآخر على الشراء من عمرو م: **(وذكرا تاريخًا)** ش: واحداً م: **(فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما ، فيصير كأنهما حضرا)** ش: وادعيا وتاريخًا واحداً م: **(ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل)** ش: أن كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك .

م: **(ولو وقتت إحدى البينتين وقتًا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ؛ لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً ، لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخًا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره؛ ولو ادعى وحدهما الشراء من رجل والآخر)** ش: أي وادعى الآخر م: **(الهبة والقبض من غيره ، والثالث)** ش: وادعى الثالث م: **(الميراث من أبيه، والرابع)** ش: أي وادعى الرابع م: **(الصدقة والقبض من آخر)** ش: وأقاموا البينة م: **(فقضى بينهم أرباعًا ؛ لأنهم يتلقون الملك من باعتهم)** .

ش: وفي بعض النسخ : م: **(من باعتهم)** ش: كلاهما بطريق التغليب ، لأن البائع واحد من المالكين الأربع ، فكان المراد من مملكتهم . وفي بعض النسخ : من متلقيهم استدلالاً بلفظ يتلقون ، وكذا في نسخة شيخي العلاء -رحمه الله- ،م: **(فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق)** ش: ، لأنهم استووا في دعوى الملك ، وقد اثبتوه بالحجة ، فيوزع بينهم .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة)** ش: أي أقام البينة م: **(على ملك أقدم تاريخًا كان أولى)** ش: وقال المصنف-رحمه الله- : م: **(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وهو رواية عن محمد -رحمه الله -**

وعنه -رحمه الله- :أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليـه ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك ، فكان التقدم والتأخر سـواء .ولهما :أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة . وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيناه .ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ، ووقتت

وعنه- رحمه الله -) ش: أي وعن محمد -رحمه الله- م: (**أنه لا تقبل بينة ذي اليـد رجع إليه**) ش: أي رجع محـمـد إلى القـول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في النتـاج ، وعند الأئمة الثلاثة : بينة ذي اليد أولى في كل الـوجوه لترجحها باليـد، وفي «المبسـوط» ، ذكر ابن سماعة في «نوادره» : أن محمدًا رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة .

وقال : لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ، ولا عبرة للتاريخ إلا في النتاج وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب الأولية الملك ، بخلاف النتاج م: (**لأن البينتين قامـتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك**) ش: يعني بالشراء ونـحـوه ، وهو معنى قوله : م: (**فكان التقدم والتـأخر سواء**) ش: يعني في التـاريخ ، لأن التاريخ لا يدل على صفـة الملك أولا وآخرًا أو صـار وجوده وعدمه سواء لا يملك على صفة الملك أولاً وأخيرًا ، فصار وجوده وعدمه سواء .

وقال الكاكي : قوله «لم يتعرضـا لجهة الملك» احترازًا عمـا لو قامتا على تاريخ في الشـراء أو أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، سـواء كان البائع واحدًا أو اثنين عندنا ، خلافًا للشافعي -رحمه الله - في قـوله : م: (**ولهـما**) ش: أى لأبي حنيـفـة وأبي يوسف -رحـمـهـمـا الله- م: (**أن البـينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع**) ش: ، أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بـعـد إثبـات تلقي الملك من قبله .

م: (**فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فـثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلـقي من جهته**) ش: أي من جهة ذلك الشخص م: (**وبينة ذي اليد على الدفع**) ش: أي دفع الخصومة م: (**مقبولة**) ش: فإن من ادعى على ذي اليد عينًا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة .

م: (**وعلى هذا الاخـتلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وأبي يـوسف وبين محمد -رحمهم الله- **لو كانت الدار في أيديهما**) فتوقتا ، فصاحب الوقت الأقدم أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا عبرة بالوقت م: (**والمعنى ما بيناه**) ش: أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين .

م: (**ولو أقام الخـارج وذو اليد البـينة على ملك مطلق**) ش: يعني من غير ذكر سبب م: (**ووقتت**

أحدهما دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- ومحمد -رحمهما الله- الخارج أولى . وقال أبو يوسف -رحمه الله- وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول ؛ لأنه أقدم فصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى . ولهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما . ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد : الذي أطلق أولى ؛ لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض .

أحدهما) ش: أي أحد البينتين م: **(دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله - الخارج أولى .وقال أبو يوسف- رحمه الله - : وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول ؛ لأنه أقدم)** ش: لأن بينته قد دلت على تقدم الملك ، فكانت أولى م: **(فصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما)** ش: يعني إذا ادعيا من واحد وأرخ أحدهما يقضي للمؤرخ ، وهو معنى قوله : م: **(كان صاحب التاريخ أولى)** .

ش: م: **(ولهما)** ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : م: **(أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ههنا)** ش: لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهة ، وها هنا لم يتعين م: **(حيث وقع الشك في التلقي من جهته)** ش: أي من جهة ذي اليد ، لأن بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهة الإمكان أن الأخرى إذا وقتت كانت أقدم تاريخًا ، م: **(وعلى هذا)** ش: أي وعلى هذا الخلاف م: **(إذا كانت الدار في أيديهما)** ش: وأرخت إحداهما على ملك مؤرخ ، والأخرى على مطلق الملك فقط سقط التاريخ عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - خلافًا لأبي يوسف فإنه يقول الذي وقت أولى .

م: **(ولو كانت)** ش: أي الدار م: **(في يد ثالث ، والمسألة بحالها)** ش: أي أرخت إحداهما فقط م: **(فهما سواء عند أبي حنيفة- رحمه الله -،)** ش: أي الخارجان سواء عنده ، وبه قال الشافعي في الأصح ، ومالك وأحمد .

م: **(وقال أبي يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد- رحمه الله - : الذي أطلق أولى لأنه)** ش: أي لأن الإطلاق م: **(ادعى أولية الملك)** ش: فيدل على ملك الأصل ، م: **(بدليل استحقاق الزوائد)** ش: المتصلة كالسمن ، والمنفصلة كالأكساب والأولاد ، يعني إذا ادعى رجل ملكًا مطلقًا كانت الزوائد كلها له ، م: **(ورجوع الباعة بعضهم على بعض)** ش: أي وبدليل رجوع البائعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك .

ولأبي يوسف - رحمه الله -: أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم ، فسقط اعتباره ، فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث ، فيضاف إلى أقرب الأوقات ، فيترجح جانب صاحب التاريخ .
قال : وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى ، لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد ، فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح ، خلافًا لما يقوله عيسى بن أبان -رحمه الله-: أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء،

م: (ولأبي يوسف -رحمه الله-: أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق) ش: يعني من غير التاريخ م: (يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن) ش: يعني العمل باليقين راجح على المحتمل م: (كما لو ادعيا الشراء) ش: أولاً أحدهما دون الآخر ، كان صاحب التاريخ أولى .

م: (ولأبي حنيفة- رحمه الله -: أن التاريخ يضامه) ش: يعني يزاحمه م: (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) ش: أي اعتبار التاريخ م: (فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق) ش: ولم يؤرخا كان بينهما م: (بخلاف الشراء) ش: جواب عن قول أبي يوسف م: (لأنه أمر حادث) ش: أي لأن الشراء أمر حادث باتفاقهما عليه . وإذا كان كذلك م: (فيضاف إلى أقرب الأوقات) ش: لأنه لا بد للحدوث من التاريخ م: (فيترجح جانب صاحب التاريخ) ش: فيرجح المؤرخ .

م: (قال) ش: القدوري م: (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) ش: سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وقال الشافعي في وجه : بين الخارج أولى بعد القضاء له ، لأن ملك اليد يقضي بزوالها ، فلا ينقضي القضاء . وقال في الأصح : بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج وقبله .

وقال ابن أبي ليلى : بينة الخارج أولى ،م: (لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد) ش: أي النتاج م: (فاستويا، وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له ، وهذا) ش: أي ما ذكر من القضاء لذي اليد م: (هو الصحيح ، خلافًا لما يقوله عيسى بن أبان -رحمه الله-: أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده) ش: أي في يد ذي اليد م: (لا على طريق القضاء) ش: بل لعدم القضاء بالخاص .

حاصل الكلام : أن عيسى بن أبان -رحمه الله- يقول عندي في النتاج تتهاتر البينتان لتيقن القاضي بكذب إحداهما ، إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين ، فصار كأنهما لم يقيما بينة ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك ، حتى يحلف ذو اليد له للخارج ، كذا ها هنا ، وهذا

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه . ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان ، لأن بينته قامت على أولية الملك ، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته ، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا . ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد ، لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية ، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق

ليس بصحيح ، فإن محمداً ذكر في خارجين أقاما بينة على النتاج أنه يقضى بينهما نصفين ، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد ، فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق ، حتى لا يحلف ذي اليد ، كذا في «الذخيرة »و«المبسوط» .

م: (ولو تلقى كل واحد منهما) ش: أي من صاحب اليد والخارج م: (الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده) ش: أي عند الرجل ، كذا قاله الكاكي : -رحمه الله- .

وقال الأكمل : -رحمه الله- عند من تلقى منه . وفي «الذخيرة » صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه آخر أنه عبده اشتراه من فلان وأنه ولد له في ملك فلان الذي باعه وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده واشتراه من فلان يريد رجل آخر ، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضى لذي اليد ، لأن كل واحد خصم في إثبات نتاج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه .

ولو حضر البائعان وأقام البينة ، على النتاج كان ذو اليد أولى ، فهذا مثله . وهذا معنى قوله م: (فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه) ش: فيقضى به لذي اليد .

م: (ولو أقام أحدهما البينة على الملك) ش: المطلق م: (والآخر) ش: وأقام آخر البينة م: (على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) ش: يعني سواء كان صاحب اليد أو الخارج م: (لأن بينته) ش: أي بينة صاحب النتاج م: (قامت على أولية الملك ، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته) ش: أي من جهة صاحب النتاج ، م: (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) ش: أي يد على أولية الملك .

م: (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) ش: على النتاج م: (لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية) ش: لأن المقضى به الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى ثبوته في حق آخر ، م: (وكذا المقضي عليه بالملك المطلق) ش: يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا ، فقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافاً للشافعي ومالك .

إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به ؛ لأنه بمنزلة النص ، والأول بمنزلة الاجتهاد . قال : وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمعزى وجز الصوف . وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز

ثم أن ذا اليد المقضى عليه بالملك المطلق م: (**إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به**) ش: الأول، م: (**لأنه بمنزلة النص والأول بمنزلة الاجتهاد**) ش: أي نص يدل بخلاف الاجتهاد ، فينتقض الاجتهاد به ، فكذا هنا فسره الكاكي -رحمه الله- .

وقال الأكمل: لأنه بمنزلة النص لدلالته على الأولية قطعًا ، فكان القضاء واقعًا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن**) ش:، هذا عطف على قوله : وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج ، فصاحب النتاج أولى ، يعني كذا الحكم إذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد أولاً، لأن ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا تكرر .

وفي «المحيط»: النتاج عبارة عن أولية الملك ، وكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالنتاج ، وكل ما يتكرر وفيه سبب الملك ، ويضع مرتين لم يكن في معنى النتاج وإن كان مشكلاً ، بل يتكرر أم لا ، في رواية أبي حفص: يلتحق بما يتكرر . وفي رواية أبي سليمان: لا يلحق بما يتكرر، فالبناء وغرس الشجر والقطن النائب وزرع الحنطة، والجوب: يتكرر ، تشوية اللحم وكتابة المصحف واحتياط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشو والصباغة يتكرر أيضًا ، لأن هذه الأشياء تفعل مرتين ، واتخاذ الجبن والطحن وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر ، والثج في الثوب المتخذ من غزل القطن والإبريسم لا يتكرر ، وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر .

م: (**وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر**) ش: يعني يقضى به لذي اليد م: (**لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمعزى**) ش: بكسر الميم والعين ، فإذا شدت الزاي قصرت، وإذا خففت مدت، وقد يقال: معزا بفتح الميم مخففًا ممدوداً ، وهي كالصوف تحت شعر الغنم ، والميم فيه زائدة م: (**وجز الصوف**) ش: بأن أقام رجل البينة أن صوفه جزه من غنمه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك كان ذو اليد أولى .

م: (**وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق ، وهو مثل الخز**) ش: وهو بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً ، قيل: وهو نسيج ،

والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج ؛ لأن القضاء ببينته هو الأصل ، والعدول عنه بخبر النتاج ، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل، قال : وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى ، لأن الأول إن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه . قال : وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد ، قال : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف- رحمهما الله -، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج ؛ لأن العمل بهما ممكن ،فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار ، لأن القبض دلالة

فإذا بلي يغزل أخرى ثم ينسج م: (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب ، فإن أشكل) ش: بأن لم يدر هل يكرر أم لا م: (يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به) ش: والواحد منهم يكفي ، والاثنان أحوط ؛ قال الله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ (النحل : الآية ٤٣) ، م: (فإن أشكل عليهم) ش: أي على أهل الخبرة م: (قضى به للخارج ، لأن القضاء ببينته) ش: أي بينة الخارج م: (هو الأصل) ش: عندنا م: (والعدول عنه) ش: أي عن الأصل م: (بخبر النتاج) ش: وهو ما روي: « أنه عليه السلام قضى في تعارض بينتي الخارج لذي اليد »، وهذا رواه محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر: « أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته ينحرها عنه ، وأقام الذي هي في يده البينة أنها ناقته فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده» م: (فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) ش: وهو بينة الخارج .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) ش: أي من الخارج م: (كان صاحب اليد أولى ؛ لأن الأول) ش: أي الخارج م: (وإن كان يدعي أولية الملك فهذا) ش: أي ذو اليد م: (تلقى منه وفي هذا لا تنافي) ش: بين الأمرين ، فيقضى ببينة ذي اليد م: (فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه) ش: فيقضى ببينته . م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت) ش: أي تساقطت م: (البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد ، قال) ش: أي المصنف -رحمه الله- : م: (وهذا عند أبي حنيفة -رحمهما الله - وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ؛ لأن العمل بهما) ش: أي بالبينتين م: (ممكن) ش: ، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الآخر وقبض ثم باع ولم يقبض، وهو معنى قوله م: (فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) ش: أي من الخارج م: (الدار) ش: إليه م: (لأن القبض دلالة

السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما :أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع ، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع ،كذا ههنا .

السبق على ما مر) ش: من قوله ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، م: **(ولا يعكس الأمر)** ش: أي لا يجعل كأن الخارج اشتراه من ذي اليد أولاً ثم باعه من ذي اليد ، لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض ،فلا يجعل كذلك .

م: **(لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده)** ش: أي عند محمد -رحمه الله- ، وإيضاح هذه المسألة فيما قال شيخ الإسلام -رحمه الله- في «مبسوطه» : إذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه كدار في يد رجل جاء رجل وادعى أنه اشتراها من الخارج اليد بألف درهم ونقده الثمن ، وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن ، وأقاما جميعًا البينة على ما ادعيا ، فهذا لا يخلو من أربعة أوجه إن لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما على السواء ، أو أرخ أحدهما أسبق دون الآخر . فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله تعالى - وأبي يوسف -رحمه الله تعالى- تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لا قضاء استحقاق ، سواء شهد الشهود بالشراء والقبض جميعًا أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض . وعند محمد -رحمه الله- تقبل البينتان جميعًا ويقضى بعقدين إلا إنهم إن شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض ، فإن شراء ذي اليد يقدم على شراء الخارج ، فيجعل كأن ذا اليد اشترى أولاً من الخارج قبض ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إلى الخارج وإن شهدوا بالقبض والشراء جميعًا فإنه يقدم شراء الخارج على شراء ذي اليد كأن الخارج اشترى أولاً من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم إليه فيقضى لذي اليد شراء من الخارج .

م: **(ولهما)** ش: لأبي حنيفة وأبي يوسف : م: **(أن الإقدام على الشراء إقرار منه)** ش: أي من المشتري م: **(بالملك للبائع ، فصار كأنهما)** ش: أي كأن الشهادتين م: **(قامتا على الإقرارين)** ش: يعني صار هذا بمنزلة ما لو قام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك ؛ فلو كان كذلك تهاتر الإقراران جميعًا ، لأن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة . ولو عاينا إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه فأبطلنا الإقرارين جميعًا ، وهذا مثله ، يعني أن شهود كل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل إقرارين ظهرا ولا يعرف سبق أحدهما جعلاً لأنهما وقعا معًا ، فبطلا للمنافاة بينهما م: **(وفيه التهاتر بالإجماع)**.

ش: قال تاج الشريعة : قبل ذكر الإجماع وقع سهو ، لأن عند محمد -رحمه الله- : بينة ذي اليد أولى ، وكذا في «الجامع» ، وفي «المنظومة» حيث قال : وذو اليد المالك منهما أثبتا قبضين ، والخارج منهما سكتا م: **(كذا ههنا)** ش: أي فكذا ما نحن فيه من تهاتر البينتين .

ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك ، وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق ، فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا الوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد -رحمه الله- للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالإجماع ؛ لأن الجمع غير ممكن عند محمد -رحمه الله- لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول .

م: (**ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك**) ش: هذا جواب عن قول محمد -رحمه الله- يعني أن السبب إذا كان مقيداً للحكم يعتبر ، وإلا فلا ، وها هنا السبب وهو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك ، لأن القضاء بالملك لأحدهما لا يمكن إلا على وجه يستحق عليه صاحبه م: (**وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق**) ش: أي بملك استحقه الخارج عليه ، فإذا كان كذلك م: (**فبقي القضاء له**) ش: أي لذي اليد م: (**بمجرد السبب**) ش: دون الحكم م: (**وإنه**) ش: أي وإن القضاء بمجرد السبب دون الحكم م: (**لا يفيده**) ش: فلا يجوز .

م: (**ثم لو شهدت البينتان**) ش: المذكورتان م: (**على نقد الثمن**) ش: في شراء كل منهما الآخر بألف مثلاً م: (**فالألف بالألف قصاص عندهما**) ش:، أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف م: (**إذا استويا**) ش: أي الثمنان في الجنس والصفة م: (**بالوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص**) ش: أي المقاصة م: (**مذهب محمد -رحمه الله- للوجوب عنده**) ش: ، أي لوجوب الثمن عند محمد -رحمه الله- لأن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبًا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب .

م: (**ولو شهد الفريقان**) ش: أي فريقا شهود الخارج وذي اليد م: (**بالبيع والقبض تهاترتا**) ش: أي تساقطتا م: (**بالإجماع**) ش: لكن على اختلاف التخريج ، فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه ؛ وفي مثل هذا يتهاتر الشهود ، فكذلك ها هنا .

أما عند محمد : هو قوله : م: (**لأن الجمع**) ش: أي إمكان العمل بهما م: (**غير ممكن عند محمد رحمه الله- لجواز كل واحد من البيعين**) ش: باعتبار أنهم لما أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزًا ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فتساقطتا للتعارض فتبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، فصار كأنهم لم يشهدوا م: (**بخلاف الأول**) ش: وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضى بالبيتان ، وتكون للخارج عنده ، لأن الجمع بين البينتين ممكن ، لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقًا يلزم البيع قبل القبض ، وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقًا . وفي «الكافي» : وهذا يخالف ما ذكر في «المبسوط» و«الجامع الكبير» وغيرهما ، فإنه ذكر فيهما : لو

وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد -رحمه الله- :يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض ، فبقي على ملكه ، وإن أثبتا قبضًا يقضى لصاحب اليد ؛ لأن البيعين جائزان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين ، فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال : وإن أقام أحد المدعيين شاهدين ، والآخر أربعة فهما سواء ، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة ، كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها

شهدوا بالعقد القبض يقضى بالبينتين عنده لذي اليد ، إذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها ، ثم الخارج باعها وسلمها ، بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حيث يقضي بها للخارج ، لأنهما ما أثبتا القبض بالشهادة ، وقد ثبت القبض عيانًا وهي دلالة السبق ، فجعلنا ذا اليد مشتريًا من الخارج أولاً ، وقد قبضها ثم باعها من الخارج ، فيؤمر بتسليمها إليه .

م: (**وإن وقتت البينتان في العقار**) ش: فيه العقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر م: (**ولم تثبتا قبضًا ، ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف- رحمه الله- ، م: (**فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد ، وهو**) ش: أي البيع قبل القبض م: (**جائز في العقار عندهما ، وعند محمد- رحمه الله - يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه**) ش: أي بيع العقار م: (**قبل القبض ، فبقي على ملكه ، وإن أثبتا قبضًا يقضى لصاحب اليد ، لأن البيعين جائزان على القولين**) ش: أي قولهما وقول محمد -رحمه الله- م: (**وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين**) ش: أي في الوجه الذي شهدوا بالقبض في الوجه الذي لم يشهدوا به م: (**فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض**) ش: كأنه اشتراه م: (**ثم باع ولم يسلم**) ش: أي المشتري م: (**أو سلم ثم وصل إليه**) ش: أي إلى ذي اليد م: (**بسبب آخر**) ش: من عارية أو إجارة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة**) ش: أي وأقام المدعي للآخر أربعة من الشهود م: (**فهما سواء**) ش: يعني لا يترجح أحد المدعيين على الآخرين بزيادة العدد في بينته وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور عنه وأحمد، وقال الشافعي، في القديم ومالك في رواية : ترجح بزيادة العدد، لأن القلب إلى قولهم أميل وعند مالك : يرجح بزيادة العدالة ، فيقضى بأعدل البينتين م: (**لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل ، بل بقوة فيها**) ش: أي بل الترجيح بقوة فيها أي في الشهادة والترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفين على الطرف الآخر ليعمل به ، والتقوية

على ما عرف .قال : وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة -رحمه الله- اعتبارًا بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف ، فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما . وقالا : هي بينهما أثلاثًا ، فاعتبرا طريق العول

بالوصف يكون ، وهو معنى الصدق في الشهادة . وذلك في أن يتعارض شهادة المستور مع شهادة العدل بأن أقام أحد المدعيين مستورين والآخر عدلين فإنه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شهوده ، وكذلك في النسب والنكاح لو ترجح حجة الخصمين باتصال القضاء ، لأن ذلك مما يؤكد ركن الحجة ، فإن لقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ، ويتبين جانب الصدق .

وعلى هذا قلنا في العلتين : إذا تعارضتا لا يترجح أحدهما بانضمام علة أخرى إليها وإنما يترجح بقوة الآخر فيها إذ به يتأكد ما هو الركن في صحة العلة ، وكذلك الخبران إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر ، بل بما فيه يتأكد معنى الحجة ، وهو الاتصال برسول الله ﷺ ، ويترجح بعفة الراوي وحسن ضبطه وإتقانه، لأنه يتقوى به ، يعني الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل إلينا بالنقل م: (**على ما عرف**) ش: أي في أصول الفقه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وإذا كانت دارًا في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة- رحمه الله - اعتبارًا بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له**) ش: أي النصف م: (**بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما**) ش: توضيح ذلك : أنا نحتاج إلى حساب له نصف ، ولنصف نصف صحيح ، وأقل ذلك أربعة أسهم ، فأصل الدار على أربعة أسهم يقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ، ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار ، فيبقى النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه ، فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم ، فقد جعل المدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة ، وسهم مع المنازعة ، وذلك ثلاثة أرباع الدار ، فكان له ثلاثة أسهم ، ولمدعي النصف سهم .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله : - م: (**هي**) ش: أي الدار م: (**بينهما**) ش: أي بين المدعيين م: (**أثلاثًا ، فاعتبرا طريق العول**) ش: والعول في اللغة : الارتفاع ، ومنه عال الميراث ؛ وذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي آخره المجموع لذلك

والمضاربة ،فصاحب الجميع يضرب كل حقه سهمين ، وصاحب النصف يضرب بسهم فتقسم أثلاثًا ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر ، وقد ذكرناها في الزيادات.

فيحتاج إلى العول . م: (**والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد، فتقسم أثلاثًا**) ش: إيضاح ذلك : أن يدعي الجميع يضرب بالكل والآخر بالنصف ، فاجعل الدار على سهمين لحاجتك إلى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل، وذلك سهمان ، ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم ، فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم ثلثا الدار لمدعي الجميع والثلث لمدعي النصف .

وفي الميراث : يقسم على طريق العول بالإجماع كما في امرأة ماتت وتركت زوجًا وأخت لأب ، وأمًا وأختًا الأن للزوج النصف والأخت لأب وأم النصف وللأخت من الأب السدس تكملة للثلثين ، فتعول الفرضية إلى سبعة ، وكانت في الأصل من ستة ، وكذلك هنا على قولهما .

م: (**ولهذه المسألة نظائر**) ش: أي أشباه م: (**وأضداد**) ش: يعني الخلاف فيه على عكس هذا عندهما يقسم على طريق المنازعة ، وعنده على طريق العول م: (**لا يحتملها**) ش: أي النظائر االأضداد م: (**هذا « المختصر »**) ش: أراد به« الهداية» م: (**وقد ذكرناها**) ش: أي الأشباه والأضداد م: (**في الزيادات**) ش: أي في الكتاب الذي جمعه وسماه« الزيادات » .

اعلم : أن جنس القسمة على أربعة أنواع :

أحدها : ما يقسم على طريق العول إجماعًا، وهي ثمان مسائل :

الأولى : التركة إذا لم تعرف بالديون ، فإن أصابها يقسمونها فيما بينهم بطريق العول .

[. . . .]

الثالثة : إذا أوتي بثلث ماله لرجل وبربعه لرجل وبسدسه لرجل ولم تجز الورثة على حالة الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على العول .

الرابعة : الوصية بالمحاباة لهما بثلاثة آلاف درهم ، فإنه يقسم المحاباة بين الموصى لهما أثلاثًا بطريق العول .

الخامسة : الوصية بالعتق ، وصورتها : أوصى أن يعتق من هذا العبد نصفه ، وأوصى بأن يعتق من عبد آخر ثلثه وذلك لا يخرج من ثلث المال ، فيقسم الثلث بينهما بطريق العول فيسقط من كل واحد حصته من السعاية .

السادسة : الوصية بالألف مرسلة ، أي مطلقة ، والآخر بالغبن ،كذلك يكون الثلث بينهما

بطريق العول .

السابعة : عبد فقأ عين رجل حر وقتل آخر خطأ ، يقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولي القتيل ، وثلثه للآخر .

الثامنة : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت قيمته إلى ولي الجنايتين تكون القسمة بينهما بطريق العول .

النوع الثاني : ما يقسم بطريق المنازعة إجماعًا ، وهي مسألة واحدة : فضولي باع عبد الغير من رجل ، وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين ، فاختار المشتريان الأخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه ، ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة .

النوع الثالث : ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق العول وهي ثلاثة : مسألة الكتاب .

والثانية : إذا أوصى لرجل بجميع ماله وأجازه الورثة .

والثالثة: إذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره .

النوع الرابع : بطريق العول عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل :

أحدها : عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة ، فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ، ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه ، فإذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه .

والثانية : إذا أدانه أجنبيان ، أحدهما : مائة والآخر : مائتان يقسمان عنه على هذا .

والثالثة : عبد قتل رجلاً خطأ ، وآخر عمدًا ، وللمقتول عمدًا وليان فعفى أحدهما فدفع بها كان على الخلاف المذكور .

والرابعة : لو كان الجاني مدبرًا على هذا الوجه فدفعت قيمته ، كانت بينهما كذلك .

والخامسة: أم ولد قتلت مولاها وأجنبيًا عمدًا ولكل واحد منهما وليان ، فعفى ولي كل واحد منهما على التعاقب فإنه يسعى في ثلاثة أرباع قيمتها ، فتقسم بين الساكنين فيعطوا الرابع لشريك العافي ، فأجرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثًا ، ثلثاه لشريك العافي أولاً ، والثلث لشريك العافي آخرًا عنده ، وعندهما أربعًا .

أما الأضداد فهي ثلاث مسائل :

قال : ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء ، لأنه خارج في النصف ، فيقضي ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه؛ لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالمًا بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى ، فيترك في يده .

أحدها : مدبر قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وله وليان ، فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته ، كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ ، والذي لم يعف أثلاثًا على طريق العول ، وعندهما أرباعًا على طريق المنازعة .

والثانية : ما إذا كان القاتل عبداً ووقع المولى بالجنايتين .

والثالثة : عبد بين رجلين أذنًا له في التجارة ، وقد مرت هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولو كانت في أيديهما**) ش: ادعى أحدهما نصفها ، والآخر كلها م: (**سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء**) ش: وبه قال أحمد ؛ وقال الشافعي -رحمه الله- في رواية مالك : تبقى الدار في أيديهما كما كانت ، وبه قال أحمد -رحمه الله - في رواية، م: (**لأنه**) ش: أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع م: (**خارج في النصف**) ش: الذي في يد صاحبه وبرهنا م: (**فيقضى ببينته**) ش: أي ببينة صاحب الجميع، م: (**والنصف الذي في يديه**) ش: أي في يدي صاحب الجميع م: (**صاحب لا يدعيه ؛ لأن مدعاه النصف**) ش: فإذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع ، فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى قوله م: (**وهو في يده سالم له**) ش: أي والنصف الذي في يد صاحب الجميع .

م: (**ولو لم ينصرف إليه**) ش: أي إلى النصف ، قال تاج الشريعة : هذا جواب إشكال، وهو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له ، بل حقه ثابت في الكل . فأجاب عنه : بأنه لو لم ينصرف إليه م: (**دعواه**) ش: أي إلى النصف الذي في يده م: (**كان ظالمًا بإمساكه**) ش: والأصل : أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد إذا أمكن حمله على الصحة والسداد .

م: (**ولا قضاء بدون الدعوى**) ش: لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع ، وإذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى، م: (**فيترك في يده**) ش: أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء .

قال : وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخًا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن الحال تشهد له فيترجح . وإن أشكل ذلك كانت بينهما ، لأنه سقط التوقيت ، فصار كأنهما لم يذكرا تاريخًا . وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم الشهيد، لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده . قال : وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى - :م: (**وإذا تنازعا في دابة**) ش: والدابة في يد ثالث م: (**وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده**) ش: قال الجوهري : نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتج نتاجًا وقد نتجها أهلها نتجًا م: (**وذكرا تاريخًا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى**) ش: أي لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال ، وهو معنى قوله : م: (**لأن الحال يشهد له**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فيترجح**) ش: أي صاحب اليد .

م: (**وإن أشكل ذلك كانت بينهما**) ش: أي وإن أشكل سن الدابة بينهما م: (**لأنه سقط التوقيت**) ش: لأنه لا دلالة فيه فكأنهما أقاما البينة على النتاج م: (**فصار كأنهما لم يذكرا تاريخًا. وإن خالف سن الدابة الوقتين**) ش: أي في دعوى الخارجين م: (**بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم الشهيد لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده**) ش: وقال في «شرح الأقطع» : فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى لصاحب اليد ، ثم قال : قال الحاكم الشهيد -رحمه الله- : الصحيح أن تبطل البينتان .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي -رحمه الله- « في شرح الكافي» للحاكم الشهيد -رحمه الله - : وإن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين ، لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقتا .

وفي رواية أبي الليث الخوارزمي : إذا كانت الدابة على غير الوقتين فالبينتين باطلة لأنه ظهر كذبهما . في« المبسوط» من مشايخنا من قال : تبطل البينتان، والأصح ما قاله محمد -رحمه الله- وهو أن الدابة بينهما في الفصلين ، يعني إذا كان سن الدابة مشكلة، وفيما إذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا كان عبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق**) ش: في سبب الاستحقاق ، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب ، فصار دعوى الوديعة والغصب سواء ، والتهاوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاسستحقاق.

(فصل في التنازع بالأيدي)

قال : وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر، فإنه يختص بالملك ، وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج ،والآخر رديفه فالراكب أولى، بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف ، قال : وكذا إذا تنازعا في قميص ، أحدهما لابسه ، والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفًا . ولو تنازعا في بساط

م: (**فصل في التنازع بالأيدي**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالأيدي . ولما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى**) ش: ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة ، وفي «الذخيرة» لو تعلق أحدهما بلجامها والآخر بذنبها فالمتعلق باللجام أولى ، لأنه لا يتعلق باللجام غالبًا إلا المالك ،أما الذنب فقد يتعلق به غيره م: (**لأن تصرفه**) ش: أي تصرف الراكب م: (**أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى**) ش: من الرديف ، وكذا إذا تنازعا في الدار وأحدهما ساكنها والآخر آخذ بحلقة الباب أن الساكن أولى .

وقال الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» : ولو كانا جميعًا راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالإجماع ؛ وروي عن أبي يوسف -رحمه الله - أنه قال: يقضى بالدابة للراكب في السرج .

ونقل الناطفي -رحمه الله- في «الأجناس» عن «نوادر العلي» : رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادعى الدابة ،ففي الراكب السرج ، فإن كان في السرج فهي بينهما نصفان ، فعلم بما ذكر في «شرح الطحاوي» و«الأجناس» : أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفان، وما ذكره المصنف بقوله : وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه، فالراكب أولى من الرديف ، فذلك على رواية «النوادر » .

م: (**بخلاف ما إذا كانا راكبين**) ش: أي في السرج ، م: (**حيث تكون**) ش: أي الدابة م: (**بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق ، فصاحب الحمل أولى ؛ لأنه هو المتصرف . قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-م : (**وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ؛ لأنه أظهرهما تصرفًا . ولو تنازعا في بساط**

أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما ، معناه لا على طريق القضاء؛ لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا . قال : وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر ، فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة ، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق . قال : وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال : أنا حر فالقول قوله ، لأنه في يد نفسه ،

أحدهما جالس عليه، والآخر متعلق به فهو بينهما) ش: هذا لفظ القدوري . وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**معناه**) ش: أي معنى ما قال القدوري : م: (**لا على طريق القضاء**) ش: يترك في يدهما م: (**لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا**) ش: أي لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بالنقل والتحويل أو يكون في يده حكمًا بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك، ولهذا لا يصير غاصبًا بمجرد القعود عليه ، بخلاف الركوب على الدابة ، فإنه يصير غاصبًا بمجرد الركوب عليه بغير الإذن .

م: (**قال**) ش: أي محمد : م: (**وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الآخر ،فهو بينهما نصفان ؛ لأن الزيادة من جنس الحجة**) ش: لأن كل واحد يمسك باليد ، إلا أن أحدهما أكثر استمساكًا م: (**فلا يوجب زيادة في الاستحقاق**) ش: ، كما لو تنازعا في دابة ولواحد عليها مائة من والآخر خمسون منًا كانت بينهما نصفين ، وكما لو أقام أحدهما اثنين من الشهود والآخر أربعة .

فإن قيل : يشكل على هذا الذي ذكره بعده وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة والآخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح ، إذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع .

وأجيب : بأن وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يترجح بزيادة الخشبات ، لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها وفيه تأمل .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه**) ش: والحال أنه يعبر عن نفسه ، أي يتكلم ويعقل ما يقوله م: (**فقال: أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه**) ش: وفي« الذخيرة» : [إذا] ادعيا عبدًا وهو في أيديهما ، فإن كان العبد لا يعبر عن نفسه ، فالقاضي لا يقضي لأحدهما بالملك ما لم يقم البينة ، ولكن يجعله في يديهما لأنه إذا لم يعبر عن نفسه فهو والبهيمة سواء .

وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك ، وعند الثلاثة : يحكم بالملك أيضًا ، لأن اليد عليه دليل الملك ، وإن كان العبد يعبر عن نفسه وقال «أنا حر» فالقول له ، ولا يقضى لهما بشيء ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه وأحمد -رحمه الله- في رواية ؛ وفي وجه قال : هذا كالذي لا يعبر عن نفسه ، وبه قال أحمد في رواية ، ولو قال : أنا عبد أحدهما لم يصدق ، وهو عبدهما .

ولو قال: أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد لـه حيث أقر بالرق ، وإن كان لا يعبـر عن نفسـه فهو عـبد للذي هو في يده ، لأنه لا يد له علـى نفسه لما كـان لا يعبـر عنها ، وهو بمنزلة متاع ، بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ؛ لأنه ظهر الرق عليه في حـال صغره . قـال : وإذا كان الحائـط لرجل عليه جذوع أو مـتصل ببنائه وللآخـر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال، والهـرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر

م: **(ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده ، لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فـهو عبد للذي هو في يده ؛ لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبـر عنها، وهو بمنزلة متاع)** ش: لا يد له على نفسه ، واعترض باللقيط إذا ادعى في لقيط لا يعبر عن نفسه ، فإنه لا يكون عبدًا، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد ، أجيب بأن يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه ، فلم تصح الدعوى منه بالشك ، بخلاف غيره لأن يده عليه ثابتة ، فتصح الدعوى منه .

فإن قيل : وجب أن لا يصدق في دعوى الرق ، لأن الحرية هي الأصل ، والرق عارض فلا تقبل إلا بالحجة ، أجيب بأنه اعترض على الأصل ما يدل على خلافه ، فيبطل الأصل وفيه نوع تأمل ؛ م: **(بخلاف ما إذا كـان يعبر)** ش: أي عن نفسه ، فإنه إذا قال : «أنا حر» فالقول قوله كما مر ، م: **(فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره)** ش: فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل .

م: **(قال)** ش: أي محـمد -رحـمه الله - في الجامع الصغير م: **(وإذا كان الحـائط لرجل عليه جذوع أو مـتصل ببنائه)** ش: أو الحائط متصل ببنائه م: **(وللآخر عـليه)** ش: أي على الحـائط م: **(هرادي)** ش: وهو جمع هردية ، قصبات تضم ملتوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في «ديوان الأدب» ، ولكن صحح فيه الهاء والحاء جميعًا . وفي «الصحاح» : الحردي من القصب فهو نبطي معرب ، ولا يقال : الهردي . وفي «مختصر الكرخي» : الحردي بالحاء، وفي «الجمهرة» : لأن الحردي مد في باب الحاء والدال والراء ، أما الذي تسمية البصريون الحردي من القصب فهو ينظر معرب ؛ وقال «صاحب الديوان» أيضًا : الحردي واحد حرادي القصبة ، فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعًا .

وقال الأترازي : والرواية في الأصل و«الكافي» للحاكم الشهيد . وفي «الجامع الصغير » و«شرح الكافي» وقعت بالهاء لا غير . وفي «دستور اللغة » : هرادي السقف خشب بابه بالفارسية . وفي المغرب يقال له بالفارسي : وردوك م: **(فهو)** ش: أي الحائط م: **(لصاحب الجذوع والاتصال ، والهرادي ليست بشيء ؛ لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر)** ش: أي صاحب الهرادي

صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ، ولأحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق بها . والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ،وقد يسمى اتصال تربيع . وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ، وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً . وكذا البواري ؛ لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما .

م: (صاحب تعلق) ش: أي بالحائط ، لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون وضع الهرادي ويظن المصنف -رحمه الله تعالى- هذا بقوله : م: (**فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق بها**) ش: حيث تكون الدابة لصاحب الحمل ، وللآخر نوع تعلق بها ، ولكن لا يؤمر برفع الهرادي والبواري ؛ لأن القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع دون إبطال الاتصال الثابت للغير ظاهراً .

م: (**والمراد بالاتصال**) ش: أي المراد بالاتصال المذكور في قوله «أو متصل ببنائه» م: (**مداخلة لبن جداره فيه**) ش: أي في المتنازع فيه ، م: (**ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع**) ش: وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون اتصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في تصاف لبن غير المتنازع فيه ، وبالعكس ؛ وإن كانت من خشب فالتربيع أن يكون بناحية أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا نقل ما دخل لا يكون تربيعًا . وقال تاج الشريعة -رحمه الله- وكان الكرخي يقول : صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين متصلاً بحائطين لأحدهما ، والحائطان متصلان بحائط له مقابلة بالاتصال بحائط المتنازع وهذا ظاهر . قال الكاكي -رحمه الله- : ويروى هذا ظاهر الرواية .

م: (**وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط**) ش: فهو أولى ، به قال الشافعي وأحمد في رواية م: (**وقوله**) ش: أي وقول محمد في الجامع : م: (**الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً ، وكذا البواري**) ش: جمع بارية ، وهي التي تعمل من القصب ، وهي الحصرة ، وقال الأصمعي : البور بالفارسية وبالعربية باري وبوري وبارية م: (**لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي ، وليس للآخر عليه شيء فهو**) ش: أي الحائط م: (**بينهما**) ش: لاستوائهما ، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة ، لأن وضع الهرادي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد لأن الحائط للتسقيف ، وذلك بوضع الجذوع عليه ، لا بوضع الهرادي والبواري ، وإنما توضع الهرادي والبواري للاستظلال ، والحائط لا يبنى للاستظلال ، فيصار كما لو كان لأحدهما على ثوب مبسوط ولا شيء للآخر ، وهناك يقضى بينهما ، فكذا هذا .

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة ، فهو بينهما لاستوائهما ، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة ، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، وللآخر موضع جذعه في رواية . وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ،ثم قيل :ما بين الخشب إلى الخشب بينهما . وقيل: على قدر خشبهما . والقياس أن يكون بينهما نصفين؛ لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. ووجه الثاني: أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته . ووجه الأول: أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع ، لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده . ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال

م: (**ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ،ولا معتبر بالأكثر منها**) ش: أي من الجذوع م: (**بعد الثلاثة**) ش: يعني لو كان لكل منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا اعتبار للجذوع الأكثر من الثلاثة .

م: (**وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو**) ش: أي الحائط م: (**لصاحب الثلاثة ،وللآخر موضع جذعه في رواية**) ش: صاحب «الإملاء» عن أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف-رحمه الله- م: (**وفي رواية**) ش: كتاب الدعوى : م: (**لكل واحد منهما ما تحت خشبه**) ش: وذكر محمد في كتاب الإقرار أن الحائط لصاحب الخشب الكثير ، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع م: (**ثم قيل :ما بين الخشب إلى الخشب بينهما**) ش: يعني بينهما نصفان ، لأنه لا يد لأحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منهما ، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان، كذلك ما بين الخشب، م: (**وقيل: على قدر خشبهما**) ش: أي على قدر الخشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ، ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة أخماس .

م: (**والقياس: أن يكون بينهما نصفين ، لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة**) ش: وهو رواية عن أبي حنيفة وقياس قول الشافعي وأحمد ،م: (**ووجه الثاني:**) ش: وهو رواية كتاب الدعوى م: (**أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته**) ش: لأن ذلك الموضع به مشغول بجذعه م: (**ووجه الأول:**) ش: هو رواية كتاب الإقرار وهو الاستحسان : م: (**أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له**) ش: أي لصاحب الجذع الواحد م: (**حق الوضع**) ش: أي حق وضع خشبه ،م: (**لأن الظاهر ليس حجة في استحقاق يده**) ش: فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً .

م: (**ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال**) ش: وفي نسخه : لو كان لأحدهما اتصال

فالأول أولى ، ويروى أن الثاني أولى .وجه الأول: أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى .ووجه الثاني: أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد . ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا . وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني . قال : وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها . قال : وإذا ادعى رجلان أرضًا يعني يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما،لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

وللآخر جذوع وهو الصحيح من النسخ ليوافق الدليل المدعى . وفي «شرح الأقطع» : إذا اختلفا في الحائط ولأحدهما اتصال به من أحد الجوانب ولآخر عليه جذوع ، والاتصال هو مداخلة اللبن بعضه في بعض، م: (**فالأول أولى**) ش: أي صاحب الاتصال ، وبه قال شيخ الإسلام الطحاوي؛ م: (**ويروى أن الثاني أولى**) ش: وهو صاحب الجذوع ، وبه قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله- .

م: (**وجه الأول: أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني**) ش: وهو القول بأولوية الاتصال : م: (**أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق ، حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة م: (**وهذه رواية الطحاوي**) ش: أي كون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع م: (**وصححها الجرجاني**) ش: أي صحح رواية الطحاوي أبو عبد الله الجرجاني .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (**وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة**) ش: بالمهملتين العرصة في الدار وبين يديها م: (**بينهما نصفان ،لاستوائهما في استعمالها**) ش: أي في استعمال الساحة ، م: (**وهو**) ش: أي الاستعمال م: (**المرور فيها**) ش: ووضع الأمتعة فيها وصب الوضوء وكسر الحطب .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا ادعى رجلان أرضًا يعني يدعي كل واحد منهما أنهما في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها**) ش: أي لأن اليد حق مقصود، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم ، لأن الأرض غير مشاهدة لتعذر إحضارها ، فإذا كان كذلك فلا بد من البينة ، م: (**وما غاب**) ش: أي والذي غاب م: (**عن علم القاضي فالبينة تثبته**) ش: لتعذر المشاهدة .
وقوله: وما مبتدأ وغاب صلته . وقوله : فالبينة تثبت خبره ، وهي جملة اسمية وقعت خبراً

.وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ؛لأن اليد حق مقصود . وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا ، فلا تستحق لأحدهما من غير حجة . وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي يده لوجود التصرف والاستعمال فيها .

ودخلت الفاء عليها لتضمن المبتدأ معنى الشرط .

م: (**وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ؛لأن اليد حق مقصود**) ش: فلا يستحق أحدهما بغير حجة م: (**وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا**) ش: أشار إلى قوله لقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك . قال بعض مشايخنا : هذا قول أبي حنيفة ، وقالا : يقسم بينهما م: (**فلا تستحق لأحدهما من غير حجة ، وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها**) ش: لأن من ضرورة الاستعمال إثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب ، ذكره البزدوي ، والله أعلم .

* * *

(باب دعوى النسب)

قال: وإذا باع جارية فـجاءت بولد فادعاه البـائع ، فإن جاءت به لأقل من ستـة أشهر من يوم باع فهـو ابن للبائع وأمه أم ولد له ، وفي القـياس وهو قول زفـر والشافعي -رحـمهمـا الله- دعوته باطلة ؛ لأن البيع اعـتراف منه بأنه عـبد فكان في دعواه مـتناقضًا ولا نسب بدون الدعـوى . وجه الاستحسـان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كـونه منه ؛ لأن الظاهر عدم الزنا ، ومبنى النسب على الخفاء ، فيـعفى فيه التناقض ، وإذا صحت الدعوى اسـتندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن ، لأنه قبضه بغير حق .

م: (باب دعوى النسب)

ش: أي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب ، ولما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعـوى المال لكثرة وقوعـها ، فكان أهم . وفي «الصحاح» : الدعوة بالكسر في النسب ، وبالفتح في الطعام ، وقيل على العكس .

قلت : وبالضم في الجهاد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعـاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن البائع وأمه أم ولد له**) ش: وتفسخ البيع ويرد الثمن .

م: (**وفي القياس وهو قول وزفـر والشافعي -رحمهما الله تعـالى - لأن دعوته باطلة ؛ لأن البيع اعتراف منه**) ش: أي من البائع م: (**بأنه عـبد**) ش: أي بأن الولد عبد ، لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك م: (**فكان في دعواه مناقـضًا**) ش: ودعوى التناقض مردود م: (**ولا نسب بدون الدعـوى**) ش: أي ولا يثبت النسب بدون الدعوى .

م: (**وجه الاسـتحـسان: أن اتصـال العلوق بملكه**) ش: أي بملك المدعي وهو البـائع م: (**شهادة ظاهرة على كونه منه**) ش: وذلك بمنزلة البينة العادلة حكمًا في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الأصل وصيرورة الجارية أم ولد له م: (**لأن الظاهر عدم الزنا ، ومبنى النسب على الخفاء**) ش: جواب عن المناقض ، لأن الإنسـان قد لا يعلم ابتداء بكـون العلوق منه ولم يتبين له أنه منه م: (**فيعفى فيه التناقض**) ش: لأجل الخفاء .

م: (**وإذا صحت الدعوى**) ش: أي دعوى البائع م: (**استنـدت إلى وقت العـلوق**) ش: مـنه م: (**فـتبين أنه باع أم ولده ، فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه**) ش: أي لأن البائع م: (**قبضه بغير حق**) ش: فيجب عليه رده .

وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده فدعوة البائع أولى ،لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق ، وهذه دعوى استيلاد .وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع ، لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنًا وهو الشاهد والحجة ، إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع ، لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوى تحرير وغير المالك ليس من أهله . وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من قت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ،وإلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، فلا بد من تصديقه . وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد له

م: **(وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده)** ش: دعوى البائع م: **(فدعوى البائع أولى ، لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق)** ش: إنما عينه بقوله «مع دعوى» لأنه لو ادعاه المشتري أولاً يثبت النسب منه ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب م: **(وهذه دعوى استيلاد)** ش: هذا جواب دخل تقديره كيف تصح الدعوى والملك معدوم ، فأجاب بقوله «وهذه » أي دعوى البائع استيلاد ودعوى المشتري دعوى تحرير ، إذ الأصل العلوق لم يكن في ملكه ، ودعوى الاستيلاد أولى لاستنادها إلى وقت العلوق . ودعوى الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك، ودعوى التحرير تفتقر إليها .

وقال الكاكي -رحمه الله - : قوله «دعوى استيلاد» في الحقيقة ، هذا جواب عن قول إبراهيم النخعي حيث قال فيها : يثبت النسب من المشتري ، لأن حقيقة الملك فيها وفي ولدها ، وللبائع حق ، والحق لا يعارض الحقيقة ، قلنا : هذه دعوى استيلاد . . . إلخ .

م: **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع ،لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينًا وهو)** ش: أي اتصال العلوق بملكه م: **(الشاهد والحجة)** ش: في ثبوت النسب م: **(إلا إذا صدقه المشتري، فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح)** ش: حملاً لأمره على الصلاح م: **(ولا يبطل البيع ، لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق)** ش: في حق الولد م: **(ولا حقه)** ش: ولا حق المعتق في الجارية م: **(وهذه دعوى تحرير)** ش: يعني إذا لم تصر الجارية أم ولد تبقى الدعوى في الولد دعوى تحرير م: **(وغير المالك ليس من أهله)** ش: والبائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري .

م: **(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمل)** ش: أي لأن الشأن أنه احتمل م: **(أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد له**

كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك . قال: فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبة بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك ، فلا يتبعه استيلاد الأم . وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع ، لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه ، يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام :«أعتقها ولدها» والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ،

كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) ش: وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، لأن دعوته دعوى استيلاد ، حتى يكون الولد حر الأصل ، ولا يكون له ولاء على الولد، لأن العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياه معًا أو متعاقبًا فالمشتري أولى ، لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، هذا الذي ذكرناه كله إذا علم مدة الولادة بعد البيع ، فإذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر أو لستة أشهر فصاعداً ما بينهما وبين سنتين أو لأكثر من سنتين ، فالمسألة على أربعة أوجه أيضًا .

فإن ادعاه البائع فإنها لا تصح دعوته ، إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ؛ وإن ادعاه المشتري صح ؛ لأن أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لا يمنع دعوى المشتري، ولو سبق أحدهما صاحبه في الدعوى إن سبق المشتري صحت دعوته ، وإن سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوى واحدة منهما لوقوع الشك في إثبات النسب من كل واحد منهما . وإن ادعيا معًا فإنه لا تصح دعوى واحد منهما ، ويكون الولد عبد المشتري .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم ، لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم)** ش: لأنه فرع النسب .

م: **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع ؛ لأن الولد هو الأصل في النسب)** ش: والاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا .

م: **(فلا يضره)** ش: أي فلا يضر نسب الولد م: **(فوات التبع)** ش: وهو الأم أو أمومية الولد م: **(وإنما كان الولد أصلاً لأنها)** ش: أي لأن الأم م: **(تضاف إليه ، يقال «أم الولد» وتستفيد)** ش: أي الأم م: **(الحرية من جهته)** ش: أي من جهة الولد م: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(«أعتقها ولدها»)** ش: . هذا تقدم في باب الاستيلاد ، رواه ابن ماجة .

م: **(والثابت لها)** ش: أي للأم م: **(حق الحرية، وله)** ش: أي وللولد م: **(حقيقتها)** ش: أي

والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة- رحمه الله - ، وقالا : يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ، لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري ، وعندهما متقومة فيضمنها . وفي «الجامع الصغير»: وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن . ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. .ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب

حقيقة الحرية ، وهو ظاهر .

م: (**والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة- رحمه الله - . وقالا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ؛ لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها**) ش: أي ومالية أم الولد م: (**غير متقومة عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**في العقد والغصب**) ش: ، حتى إذا اشترى أم الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها ، وكذلك لو غصبها فماتت عنده م: (**فلا يضمنها المشتري**) ش: أي عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- م: (**وعندهما متقومة فيضمنها**) ش: أي المشتري في العقد ، والغاصب في الغصب .

م: (**قال**) ش: أي المصنف -رحمه الله- : م: (**وفي« الجامع الصغير»**) ش: إنما ذكر المصنف رواية «الجامع الصغير» إعلامًا بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت ،م: (**وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري**) ش: لأقل من ستة أشهر من بيعها م: (**فادعى البائع الولد، وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه**) ش: أي ابن البائع م: (**ويرد عليه بحصته من الثمن**) ش: يعني يقيم الثمن على قيمة الولد وقيمة أمه، فما أصاب الأم يلزم المشتري ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع ، لأنه يثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولد ، وكذا الحكم فيها إذا دبرها أو استولدها ، ذكره التمرتاشي . وقال قاضي خان -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : ذكره شمس الأئمة السرخسي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد -رحمه الله-، أما على قول أبي حنيفة: يرد الولد بجميع الثمن، لأنه لا مالية لأم الولد .

قال الأترازي: فيه نظر ، لأن محمدًا -رحمه الله تعالى- نقل في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة -رحمه الله- صريحًا: أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وكذا ذكر في «الأصل» يرد إليه بحصته من الثمن .م: (**ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة**) ش: يعني إذا كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري م: (**ووجه الفرق**) ش: أي بينهما : إذا أعتق المشتري الأم ولم يعتق الولد حيث تكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة وبينهما إذا أعتق المشتري الولد دون الأم حيث تبطل دعوى البائع أصلاً م: (**أن الأصل في هذا الباب**) ش: أي في

الولد ، والأم تابعة له على ما مر . وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم ،فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المحرور، فإنه حر وأمه أمة لمولاها، وكما في المستولدة بالنكاح . وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعًا ، لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب ،وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق ، والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق

باب ثبوت النسب م: (**الولد، والأم تابعة له على ما مر**) ش: من قوله «لأن الولد هو الأصل» في النسب .

م: (**وفي الفصل الأول**) ش: أي فيما إذا أعتق المشتري أم الولد: م: (**قام المانع من الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم ، فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد**) ش: .

فإن قيل : إذا لم تمتنع الدعوى في الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يتيقن، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع ، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع ، فكان ينبغي أن يبطل البيع ، وإلحاق المشتري .

أجاب المصنف بقوله : م: (**وليس من ضروراته**) ش: حرية الأم ، أي ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت المعتق والنسب للولد لانفكاكه عنه م: (**كما في ولد المحرور**) ش: وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت م: (**فإنه**) ش: أي فإن الولد م: (**حر**) ش: عتيق بالقيمة ، وهو ثابت النسب من أبيه ، م: (**وأمه أمة لمولاها**) ش: وليست أم ولد لأبيه ،م: (**وكما في المستولدة بالنكاح**) ش: بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة فإنه يثبت نسب ولدها ، ولا تثبت أمومية أم الولد منها .

م: (**وفي الفصل الثاني**) ش: وهو ما إذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولد م: (**قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته**) ش: أي ثبوت ما ذكرنا من الاستيلاد والدعوى م: (**فيه**) ش: أي في الأصل م: (**وفي التبع**) ش: وهو الأم م: (**وإنما كان الإعتاق مانعًا**) ش: أي إنما كان إعتاق المشتري الولد مانعًا لدعوى البائع م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب**) ش: أي من البائع في حق الولد م: (**وحق الاستيلاد**) ش: أي وكحق استيلاد البائع في حق الأم م: (**فاستويا**) ش: أي استوى إعتاق المشتري وحق إستحقاق البائع م: (**من هذا الوجه**) ش: أي من حيث أنهما لايحتملان النقض .

م: (**ثم الثابت من المشتري**) ش: هذا بيان ترجيح الإعتاق على الاستحقاق يعني الثابت من المشتري م: (**حقيقة الإعتاق**) ش: أي في الولد م: (**والثابت في الأم حق الحرية ، وفي الولد للبائع حق**

الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق ، لأنه لا يحتمل النقض ، وقد ثبت به بعض آثار الحرية .وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال : ومن باع عبدًا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوى لا يحتمله فينقض البيع لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها، ثم كاتب الدعوى ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوى ، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر ،

الدعوى ، والحق لا يعارض الحقيقة) ش: لأن الحقيقة أقوى من الحق ، فكذلك لم يقل بصحة دعوى البائع فيما إذا أعتق المشتري الولدم: (والتدبير بمنزلة كالإعتاق) ش: أي في الحكم م: (لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به) ش: أي بالتدبير م: (بعض آثار الحرية) ش: وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك .

م: (وقوله:) ش: أي قوله من نقل في« الجامع الصغير» :م: (في الفصل الأول) ش: وهو ما إذا أعتق المشتري الأم م: (يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) ش: أى قول أبي حنيفة وأبي يوسف م: (وعنده) ش: أي وعند محمد م: (يرد بكل الثمن هو الصحيح) ش: احترز به كما ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي بأن البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن ، وقد ذهب المصنف إلى صحة هذا ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد -رحمه الله- عن أبي حنيفة في «الجامع الصغير» وغيره صريحًا أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وقد ذكرنا .

وفي« المبسوط» : يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة . وفي الإعتاق حصة الولد وفرق بين الموت والعتق م: (كما ذكرنا في فصل الموت) ش: أي موت الأم في المشتري ودعوى البائع .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (ومن باع عبدًا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ، ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض) ش: إنما خص البيع للاحتراز عن الإعتاق والتدبير ، فإنهما لا يحتملان النقض م: (وما له من حق الدعوى لا يحتمله) ش: أي النقض م: (فينقض البيع لأجله) ش: أي لأجل ماله في حق الدعوة م: (وكذا) ش: أي الحكم م: (إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوة) ش: أي وجدت الدعوى للبائع بعد وجود كتابة المشتري أو رهنه أو كتابته أو كتابة الأم أو رهنها أو تزويجها تصح هذه الدعوى ، وتنقض هذه الأشياء م: (لأن هذه العوارض) ش: وهي الأشياء المذكورة م: (تحتمل النقض ، فينتقض ذلك كله ، وتصح الدعوى) ش: أي من البائع .

م: (بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر) ش: أشار به إلى قوله «لأنه لا يحتمل النقض»

وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض ، فصار كإعتاقه . قال : ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد ،فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، فلا يتصور علوق الثاني حادثًا ، لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر . وفي «الجامع الصغير»: إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ، وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل ، فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان ، فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرية الأصل ،فبطل

م: (وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع ، لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض ، فصار كإعتاقه) ش: أي إعتاق المشتري ، وذكر هذه المسائل من «المبسوط» تفريعًا على مسألة «الجامع الصغير » .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) ش: التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد ، ويقال هما توأمان كما يقال: هما زوجان قولهما هما توأم زوج خطأ ؛ كذا في «المغرب» . وقال شمس الأئمة : يجوز أن يقال : غلامان توأم وتوأمان ، قال : ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة م: (ثبت نسبهما منه) ش: أي نسب التوأمين من المدعي م: (لأنهما) ش: خلقا م: (من ماء واحد ،فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر و وهذا) ش: أشار به إلى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر»، م: (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر) ش: إنما قيد بذلك لأنه إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً بتوأمين ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر م: (فلا يتصور علوق الثاني حادثًا ، لأنه لا حبل في أقل من ستة أشهر) .

م: (وفي «الجامع الصغير ») ش: إنما أعاد لفظ« الجامع» لما فيه زيادة وهي قوله «ولداً عنده » م: (إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده) ش: أنه ابنه م: (فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولدعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه) ش: أي لأن المسألة مقدرة فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه ، وذلك فيما إذا جاء بهما لأقل من ستة أشهر من يوم باع ، وقوله م: (ثبت به حرية الأصل) .

ش: . جواب : لما إذا كان كذلك، م: (فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل) ش: أي وتثبت حرية الأصل م: (فيه) ش: أي في الآخر م: (ضرورة) ش: بالنصب ، أي من حيث الضرورة ، وعلله بقوله : م: (لأنهما توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرية الأصل فبطل) ش: أي عتق

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ؛ لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوى البائع ، وهنا ثبت تبعًا لحريته فيه حرية الأصل فافترقا . وإن لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ، ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير لانعدام شاهد الاتصال ، فيقتصر على محل ولايته . قال : وإن كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب، ثم قال : هو ابني لم يكن ابنه أبدًا ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه

المشتري؛ وقال الكاكي : والضمير المستكن في «بطل» راجع إلى كل واحد من العتق والشراء .

م: (**بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ، لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً**) ش: أي بالقصد م: (**لحق دعوى البائع**) ش: أي لأجل حق دعوى البائع م: (**وهنا**) ش: أي في مسألة التوأمين م: (**ثبت تبعًا**) ش: أى يثبت بطلان عتق المشتري بطريق التبعية م: (**لحريته فيه حرية الأصل**) ش: أي لحرية المشتري بفتح الراء الذي كانت الحرية في حرة الأصل ، ومن ضرورته ثبوت حرية الأصل فيه ثبوت حرية الأصل الآخر ضمنًا وتبعًا ، لأنهما توأمان ، وعلى هذا قوله «حرية الأصل» مجرور بدل من قوله «لحريته » .

وقال الأترازي : -رحمه الله- ويجوز أن يكون منصوبًا على الاختصاص بسبيل المدح بتأويل أعنى ؛ وقال الأكمل : ولحريته حرية الأصل بدل من قوله «لحريته» م: (**فافترقا**) ش: أي حكم ما إذا كان الولد واحدًا وحكم التوأمين .

م: (**وإن لم يكن**) ش: وفي بعض النسخ : فإن لم يكن م: (**أصل العلوق في ملكه**) ش: أي في ملك المدعي م: (**ثبت نسب الولد الذي عنده**)

ش: وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في «شرح الكافي» ، للحاكم الشهيد-رحمه الله- : وإذا ولدت أمة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده ، فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعاهما البائع فهما ابناه م: (**ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير**) ش: لأنه لم يكن أصل علوقها في ملك البائع . وقال المصنف : م: (**لانعدام شاهد الاتصال**) ش: أي اتصال العلوق بملكه يقينًا م: (**فيقتصر**) ش: هذا العتق م: (**على محل ولايته**) ش: وصار كالبائع أعتقها فتعتق على من في ملكه فحسب .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**وإن كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ، ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبدًا ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه**) ش: كلمة «إن» واصلة بما قبلها .

قال الكاكي : قوله «عبدًا» يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق ، لأن إقراره بثبوت نسبه من الغير ينفي ثبوت النسب منه ، إذا إقراره حجة في حقه

وهذا عند أبي حنيفة . وقالا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى . وعلى هذا الخلاف إذا قال : هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما :أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد. وإن كان لا يحتمل النقض ،الا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل ، فصاركما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال :أنا أعتقته يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسبًا ثابتًا من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن ؛ لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة -رحمه الله-: أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد ،

م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكر م: (**عند أبي حنيفة**) .

م: (**وقالا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى**) ش: يعني إذا ادعى لنفسه بعد جحود العقد . وفي «جامع المحبوبي» فلو حضر العبدان صدق المولى أو كذبه أو لم يكذبه ، ففي الوجه الأول والثالث : تصح دعوى المولى بعد ذلك إجماعًا . وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عنده خلافًا لهما ، لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى، م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور م: (**وإذا قال: هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه**) ش: حيث لا يكون ابنه عنده، خلافًا لهم .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- : م: (**أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار ،والإقرار بالنسب يرتد بالرد ، وإن كان لا يحتمل النقض**) ش: أي وإن كان النسب لا يحتمل أن ينقض، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**الا ترى أنه**) ش: أي أن الإقرار بالنسب م: (**يعمل فيه الإكراه**) ش: حتى لو أكره بالإقرار بنبوة عبد فأقر لا يجوز م: (**والهزل**) ش: أي ويعمل فيه الهزل بأن أقر به هازلاً فإنه لا يثبت م: (**فصار**) ش: هذا نظير م: (**كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ، ثم قال**) ش: أي المشتري : م: (**أنا أعتقته يتحول الولاء إليه**) ش: أي إلى المشتري .

م: (**بخلاف ما إذا صدقه**) ش: مولى ، أي البائع م: (**لأنه يدعي بعد ذلك نسبًا ثابتًا من الغير**) ش: وهو لا يصح م: (**وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه**) ش: فلا تصح دعوى المولى بعد ذلك، م: (**فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن ، لأن له**) ش: أي للملاعن م: (**أن يكذب نفسه**) ش: فتصح دعوته .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله-: أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته**) ش: وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك لا يرتد، م: (**و الإقرار بمثله**) ش: أي بمثل ما لا يحتمل النقض م: (**لا يرتد بالرد**) ش:

فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقها ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له . ومسألة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب، وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى، وهو دعوى المشتري فيبطل به ، بخلاف النسب على ما مر ، وهذا يصلح مخرجًا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره .

بعد ثبوته بالتكذيب م: (فبقي) ش: أي فبقى الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له، كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذبه الملك ، ثم اشتراه يعتق عليه م: (فتمتنع دعوته) ش: أي دعوة المقر م: (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) ش: من قرابة أو فسق م: (ثم ادعاه لنفسه) ش: أي ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته ، م: (وهذا) ش: إشارة إلى قوله «لا يحتمل النقض » م: (لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقها ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) ش: فصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه، ولا يلزم على هذا إذا أقر بمال فرد المقر له ثم ادعاه ، لأن الأملاك تنفسخ بالرد فيبطل الإقرار ولم يبق إلا حق المقر ، فجاز أن يدعي .

م: (وكذا تعلق به حق الولد يرتد برد المقر له) ش: لأن المقر لا يقدر على إبطاله ، لأن ليس حقه على الخلوص م: (ومسألة الولاء) ش: هذا جواب عن استشهادهما بها ، تقريره : أن مسألة الولاء ليس بحجة على أبي حنيفة -رحمه الله-، لأنها م: (على هذا الخلاف) ش: فلا ينتهض شاهد، م: (ولو سلم) ش: يعني ولئن سلمنا أنها على الاتفاق فنقول بين الولاء وبين النسب فرق، أشار إليه بقوله م: (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى) ش: أي باعتراض ما هو الأقوى م: (كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) ش: صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادًا ، فإذا أعتق العبد جر الولاء إلا الأولاد إلى نفسه ، هكذا روي عن محمد -رضي الله عنه- .

م: (وقد اعترض) ش: هنا م: (على الولاء الموقوف) ش: هو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفًا لأنه على فرضية التصديق بعد التكذيب م: (ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري) ش: ودعواه أقوى لقيام ملكه في الحال ، فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الاعتقاد مصادفـًا محله لوجود شرطه ، وهو قيام الملك م: (فيبطل) ش: أي الولاء م: (بخلاف النسب) ش: حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل، فلم تصح دعوى المولى بعد إقراره أنه ابن عبدي م: (على ما مر) ش: أشار به إلى قوله : «إن النسب مما لا يحتمل النقض» م: (وهذا) ش: أي قوله« هذا ابن عبدي فلان الغائب» م: (يصلح مخرجًا) ش: أي حيلة م: (على أصله) ش: أي على أصل أبي حنيفة -رحمه الله- م: (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك ، فيقطع دعواه بإقراره النسب لغيره) ش: توضيحه

قال : وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني ، وقال المسلم : هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر ، لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضًا ، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر ، لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها . ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحًا للإسلام وهو أوفر النظرين . قال : وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

رجل في يد وصي ولد على ملكه ويبيعه ولا ما من المشتري أن يدعيه فينقض البيع مخيلة إلا من انتقاض البيع أن يقر البائع أنه ابن عبدي الغائب ، فإن بعد هذا الإقرار لا تصح دعوته عبداً فيأمن المشتري من انتقاض البيع . وفي «الفوائد الظهيرية» : الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبدي الميت حتى لا يأتي فيه تكذيب ، فيكون مخرجًا على قول الكل .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» :م: (**وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني :هو ابني ، وقال المسلم : هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر، لأن الإسلام مرجح**) ش: بكسر الجيم م: (**فيستدعي تعارضًا**) ش: لأن الترجيح يستدعي التعارض م: (**ولا تعارض**) ش: ها هنا م: (**لأن نظر الصبي في هذا**) ش: أي في كونه ابن النصراني ، وكونه حراً م: (**أوفر**) ش: أي أكثر منفعة م: (**لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة**) ش: فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه م: (**وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعًا**) ش: إما لأبيه أو لمولاه م: (**وحرمانه عن الحرية ؛ لأنه ليس في وسعه اكتسابها**) ش: أي اكتساب الحرية . ولقائل أن يقول: هذا مخالف الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ **ولعبد مؤمن خير من مشرك** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢١) ، ودلائل التوحيد ، وإن كانت ظاهرة ، لكن الإلف بالدين ملنع قوي ألا ترى ألى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد .

وأجيب: بأن قوله تعالى : ﴿ **ادعوهم لآبائهم** ﴾ (الأحزاب : الآية ٥) ، يوجب دعوة الأولاد لآبائهم بدعوى النسب ، لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدلالة على الرحمة بالصبيان[. . .] ، وكانت أقوى من التابع ، وكفور الآباء جحود ، والأصل عدمه .م: (**ولو كانت دعوتهما**) ش: أي دعوة المسلم والنصراني م: (**دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحًا للإسلام وهو أوفر النظرين :**) ش: نظر الإسلام ونظر البنوة ؛ وقال زفر : يستويان؛ وقال الشافعي : بحكم العائف .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- : وفي« الجامع الصغير» : م: (**وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم تجز دعواها ، حتى تشهد امرأة على الولادة**) ش: هذا لفظ «الجامع» .

ومعنى المسألة: أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ، بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي عليه الصلاة و السلام قبل شهادة القابلة على الولادة . ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقد مر في الطلاق . وإن لم تكن منكوحة

وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**ومعنى المسألة :أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير، فلا تصدق إلا بحجة**) ش: وهي شهادة القابلة ، لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال ، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب ، وإذا لم يكن لها زوج فالقول لها من غير بينة كما في الرجل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : لم يكن ثمة منازع ، وأما إذا كان المنازع ينكر بأن ادعت النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك ، فإنه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعًا، وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عندهم جميعًا .

وإذا كانت المنازعة لها بامرأة أخرى ففي رواية أبي سليمان يقضى بالنسب بينهما إذا أقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة ، وفي رواية أبي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين أو رجل وامرأتين .

م: (**بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب**) ش: فلا يحتاج فيه إلى حجة م: (**ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح :«أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة »**).

ش: هذا الحديث رواه الدارقطني في «سننه» عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ : أجاز شهادة القابلة . ثم قال الدارقطني : محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش، بينهما رجل مجهول، وهو أبو عبد الرحمن المدايني .

وقال في «التنقيح» : هذا حديث لا أصل له ، وتقدم الكلام فيه في كتاب الشهادات . م: (**ولو كانت معتدة**) ش: أي ولو كانت المرأة التي تدعي نسب ابن على زوجها معتدة من طلاق أو وفاة م: (**فلا بد من حجة تامة**) ش: هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين م: (**عند أبي حنيفة- رحمه الله -**) ش: إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، فيثبت النسب من غير شهادة .

وقال أبو يوسف ومحمد في الجميع بشهادة امرأة واحدة، م: (**وقد مر في الطلاق**) ش: أي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب، م: (**وإن لم تكن**) ش: أي المرأة م: (**منكوحة**) ش: أي غير

ولا معتدة . قالوا : يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها . وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما . وإن لم تشهد امرأة لأنه التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة . وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها ، وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما ، لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ،ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه ،فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما ، إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة ، وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها .

قال : ومن اشترى جارية فولدت

ذات زوج م: (ولا معتدة) ش: أي وإن لم تكن معتدة أيضًا ؛م: (قالوا) ش: أي المشايخ -رحمهم الله تعالى- م: (يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه الزامًا على نفسها دون غيرها) ش: دون نفس غيرها .

م: (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) ش: أي أن الولد من زوجها م: (وصدقها الزوج) ش: أي صدقها في دعواها م: (فهو ابنهما ، وإن لم تشهد امرأة لأنه) ش: أي لأن الزوج م: (التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة) ش: إذ ليس فيه تجهيل النسب على الغير .

م: (وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها ، وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) ش: هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه ، فإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبته منه بتصديقه ؛ وعند الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- : لا يعتبر تصديقه .

وقال التمرتاشي : -رحمه الله- التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب ، حتى لو قال رجل هو ابني منك في نكاح ، وقالت ابنك مني من زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح . فلو قالت بعد ذلك: ابنك مني في نكاح يثبت لما قلنا .

وفي «الإيضاح»: دعوى النسب لا تبطل بالتناقض ، لأن التناقض يكون بين المتساويين ، ولا مساواة بينهما ، فإن دعوى النسب أقوى من النفي ، م: (لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما) ش: فكذا هذا، م: (إلا أن هناك) ش: أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين، م: (يدخل المقر له في نصيب المقر ، لأن المحل يحتمل الشركة ، وههنا) ش: أي في مسألة دعوى النسب م: (لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) ش: أي الشركة .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (ومن اشترى جارية فولدت

ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم ، لأنه ولد المغرور ، فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح ، فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- ،ولأن النظر من الجانبين واجب ،فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقًا في حق مدعيه نظرًا لهما ، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه ،فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ، لأنه يوم المنع . ولو مات الولد لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالاً ، لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه .ولو

ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم ، لأنه ولد المغرور) ش: وفسر المغرور بقوله : م: (فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم -) ش: . كذا قال أبو بكر الرازي في «شرحه لمختصر الطحاوي » في كتاب النكاح . قال : لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار : أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا خلاف أيضًا بين السلف : أنه مضمون على الأب ، إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه .

وقال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- تبدلا الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعني إن كان الولد غلامًا فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية . وقال علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- : قيمتها ، وإليه ذهب أصحابنا .

م: (ولأن النظر من الجانبين) ش: جانب المغرور وجانب المستحق م: (واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقًا في حق مدعيه نظرًا لهما) ش: أي للمغرور والمستحق م: (ثم الولد حاصل في يده) ش: هذا بيان لسبب الضمان وهو المنع ، أي الولد في يده م: (من غير صنعه) ش: يعني من غير تعد منه م: (فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبه) ش: أي الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا يضمن إلا بالمنع م: (فلهذا) ش: أي فلأجل كون الضمان بالمنع م: (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ؛ لأنه يوم المنع) ش: في «شرح الطحاوي» : تعتبر قيمته يوم القضاء بالقيمة .

م: (ولو مات الولد) ش: أي قبل الخصومة م: (لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا) ش: لا شيء عليه م: (لو ترك مالاً) ش: أي لو مات ولد المغرور وترك مالاً ميراثًا لأبيه م: (لأن الإرث ليس ببدل عنه) ش: أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ، إنما قال ذلك مع احتراز عن الدية فإنها بدله عنه وكان هذا الدفع شبهة وهي أن يقال : لما توجد دية تقوم الدية مقام الولد في المنع فينبغي أن يجعل منع تركته كمع ديته .

فقال في جوابه : الإرث ليس ببدل عنه م: (والمال لأبيه ، لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . ولو

قتله الأب يغرم قيمته لوجود المنع ، وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته . كما إذا كان حيًا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها ، بخلاف العقد لأنه لزمه لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب .

قتله الأب يغرم قيمته لوجود المنع) .

م: **(وكذا لو قتله غيره)** ش: أي غير الأب م: **(فأخذ)** ش: أي الأب م: **(ديته ، لأن سلامة بدله له كسلامته)** ش: أي كسلامة نفسه م: **(ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته ، كما إذا كان حيًا ويرجع)** ش: أي المشتري المغرور بما ضمن م: **(بقيمة الولد على بائعه؛ لأنه)** ش: أي لأن البائع م: **(ضمن له)** ش: أي للمشتري م: **(سلامته)** ش: أي سلامة العبد بجميع أجزائه م: **(كما يرجع بثمنها)** ش: أي بثمن الأم ، لأن المغرور بثمنهما م: **(بخلاف العقر)** ش: يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقد وجب عليه ، لأن ضمان المنفعة وهي ليست من أجزاء المبيع حقيقة .

وعند الشافعي : يرجع بالعقد عليه ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - م: **(لأنه لزمه)** ش: لأن العقد لزم المغرور م: **(لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب)** ش: . أي لأنه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره ، لأنه لو رجع به سلم المستوفى له مجانًا ، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم مجانًا .

وفي «المبسوط» ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا ، وعند الشافعي : يرجع به . ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني يرجع على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن ، ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما : يرجع عليه بقيمة الولد أيضًا ، والله أعلم بالصواب .

* * *

(كتاب الإقرار)

قال : وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلومًا . اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق ،وأنه ملزم

م: (كتاب الإقرار)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الإقرار . ولما فرغ عن الدعوى شرع في بيان الإقرار لأن جواب الدعوى إما بالإقرار أو بالإنكار ، فمن هذه الحيثية نظر المناسبة بين الكتابين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلومًا**) ش: لما ذكر المصنف -رحمه الله- لفظ القدوري -رحمه الله- شرع في شرحه بقوله : م: (**اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق**) .

ش: هذا الذي ذكره تفسير الإقرار شرعًا ، ولكنه لو قيده بقوله على نفسه ، وكان الحد أتم مثل ما قال حافظ الدين النسفي والإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه . فقوله عن ثبوت الحق للغير كالجنس لأنه يتناول الشهادة فإنها أيضًا إخبار عن ثبوت الحق للغير ، وقوله : على نفسه كالفصل يخرج ذلك ، وهذا شأن الحد أن يكون مشتملاً على الجنس والفصل .

وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : الإقرار خلاف الجحود ، وأصله من القرار وهو السكون والثبات ، وفي عرف أهل الشرع : عبارة عن خبر يوجب شيئًا على المخبر م: (**وأنه ملزم**) ش: وإن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به ، وهذا حكم الإقرار وليس هذا من حده وحد ما ذكرنا .

وقال الكاكي -رحمه الله- : وحكمة ظهور ما أقر به ولزومه لا إثباته ابتداء ، ألا ترى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه ، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا ، ولهذا قالوا لو أقر بمال لغيره كاذبًا والمقول له يعلم أنه كاذب لا يحل له أخذه عن كره منه ديانة إلا أن يسلمه بطيب نفس، فيكون كالتمليك المبتدأ .

وقيل : حكمة لزوم ما أقر به على المقر ، وعمله إظهار ما أقر به لا التمليك به ابتداء ، ويدل عليه مسائل منها لو أقر بصير لا يملكها صح إقراره به ، وإن لم يملك تمليكه حتى لو تملكه المقر يومًا من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر .

ومنها : أن إقرار المسلم بالخمر يصح وإن لم يملك تمليكًا مبتدأ . ومنها أن المريض

لوقوعه دلالة ، ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزًا -رضي الله عنه- الرجم بإقراره، وتلك المرأة باعترافها، وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقًا ، فإن العبد المأذون له ،وإن كان ملحقًا بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ،

الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر .

ومنها : أن إقرار المسلم بالخمر يصح وإن لم يملك تمليكًا مبتدأ . ومنها أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليك لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة . ومنها أن العبد المأذون له لو أقر بما في يده صح ، ولو تبرع به ابتداء لا يجوز .

وسبب الإقرار إرادة سقوط الواجب عن ذمته . وركنه : ألفاظ فيما يجب به موجب الإقرار . وشرطه : العقل والبلوغ بلا خلاف، وفي كون المقر غير سفيه ولا سكون اختلاف. ومحاسنه كثيرة ، منها إسقاط الواجب عن ذمته ، ومنها إيصال الحق لصاحبه وإرضاء الخالق ، ومنها حمد الناس المقر بصدق القول ووفاء العهد . وهو مشروع بالكتاب قال تعالى : ﴿ **كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم** ﴾ (النساء : الآية ١٣٥) ، قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه إقرار . وقال تعالى : ﴿ **وليملل الذي عليه الحق** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) ، والإملاء إقرار . و بالسنة لما روي : «أنه ﷺ رجم ماعزًا بإقراره » . وبالدليل العقلي وهو أن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب ، فرجح جانب الصدق لأنه غير متهم فيه ، فإن المال محبوب المرء طبعًا ، ولا يقر لغيره كاذبًا مع كمال عقله ودينه ، فالزواجر شرعًا عن الكذب .

م: (**لوقوعه دلالة**) ش: أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به ، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب ويترجح جانب الصدق لما ذكرنا الإقرار ، هذا إيضاح لقوله وأنه ملزم م: (**ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزًا - رضي الله عنه- الرجم بإقراره**) ش: أي بسبب إقراره م: (**وتلك المرأة باعترافها،**) ش: أي كيف الزم المرأة ، يعني الغامدية امرأة من غامد الأزد بالرجم بسبب اعترافها بالزنا ، وقد مر قصتها في الحدود م: (**وهو**) ش: أي الإقرار م: (**حجة قاصرة**) ش: على نفسه م: (**لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه**) ش: بخلاف البينة فإنها حجة متعدية .

م: (**وشرط الحرية**) ش: يعني في صحة الإقرار م: (**ليصح إقراره مطلقًا**) ش: أي في المال وغيره م: (**فإن العبد المأذون له، وإن كان ملحقًا بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال**) ش: أما المأذون له : فلأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى ، وأما المحجور : عليه لا

ويصح بالحدود والقصاص ؛ لأن إقراره عهد موجبًا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه ، بخلاف المأذون له ، لأنه مسلط عليه من جهته ، وبخلاف الحد والدم لأنه يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه فيه ، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام ، إلا إذا كان الصبي مأذونًا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ؛ لأن

يصح إقراره بالمال فلعدم أهليته لذلك م: (**ويصح بالحدود والقصاص**) ش: أي ويصح إقرار العبد المحجور عليه بالحدود والقصاص لأنه مبقي على الحرية فيها على ما بينه المصنف -رحمه الله- مفصلاً، م: (**لأن إقراره**) ش: دليل ذلك المجموع ، أي لأن إقرار العبد المحجور م: (**عهد**) ش: أي عرف م: (**موجبًا لتعلق الدين برقبته وهي**) ش: أي رقبته م: (**مال المولى ، فلا يصدق عليه**) ش: لقصور الحجة .

م: (**بخلاف المأذون له ، لأنه مسلط عليه**) ش: أي على الإقرار م: (**من جهته**) ش: أي من جهة المولى ، لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها ، وهو دين التجارة ، لأن الناس لا يتابعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح ، هذا قد لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه . م: (**و بخلاف الحد والدم**) ش: وهو القصاص م: (**لأنه**) ش: أي لأن العبد م: (**يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه**) ش: أي على العبد م: (**فيه**) ش: أي في ذلك ، وبه قال الشافعي : -رضي الله عنه- ومالك وأبو الخطاب الحنبلي . وعن أحمد أن إقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح ، وإقراره إنما يوجب القصاص في النفس لا يقبل ويتبع بعد العتق ، وبه قال : زفر والمزني وداود ومحمد بن جرير الطبري -رحمهم الله- .

م: (**ولا بد من البلوغ والعقل ؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام**) ش: فلا يلزم باقراره شيء، م: (**إلا إذا كان الصبي مأذونًا له**) ش: في التجارة م: (**لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن**) ش: فيصح إقراره لاعتبار زائد برأي المولى ، فيعتبر كالبالغ ، وبه قال أحمد -رحمه الله- في رواية .

وقال الشافعي -رضي الله عنه- : لا يصح إقراره مطلقًا ، ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق فيه ، وبالسن لا يصدق إلا ببينته ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- : في رواية ، والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما ، ولا نعلم فيه خلافًا .

وإقرار السكران يصح بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة والردة وينفذ سائر التصرفات من السكران كما تنفذ في الصاحي ، وقد مر في الطلاق م : (**وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ؛ لأن**

الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له ؛لأن المجهول لا يصح مستحقًا ويقال له بين المجهول لأن التجهيل من جهته ، فصار كما إذا أعتق أحد عبديه ، فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان ، لأنه لزم الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان . قال : فإن قال :لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة ، لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا بين غير ذلك يكون رجوعًا .

الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمك ، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به) ش: أي يكون المقر به مجهولاً .

م: (بخلاف الجهالة في المقر له ؛ لأن المجهول لا يصح مستحقًا) ش: ، وفي« الذخيرة»: جهالة المقر له إنما يمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة ، بأن قال هذا العبد لواحد من الناس ، أما إذا لم تكن متفاحشة لا يمنع بأن قال: هذا العبد لأحد هذين الرجلين .

وقال شمس الأئمة السرخسي : لا يصح في هذه الصورة أيضًا ، لأنه إقرار للمجهول م: (ويقال له) ش: أي للمقر م: (بين المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه) ش: فإنه يبين أي العبدين أراد م: (فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان ، لأنه لزم الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان) ش: لأن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان، ولكن يبين شيئًا يثبت دينًا في الذمة قل أو كثر ، نحو أن يبين له حبة أو فلسًا أو جزرة أو ما أشبه ذلك ، أما إذا بين شيئًا لا يثبت في الذمة لا يقبل منه ، نحو أن يقول : عنيت حق الإسلام ،أو كفًا من تراب ونحوه .

كذا في «شرح الطحاوي» . وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وعن الشافعي في قول: إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى ، وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكارًا ويعرض عليه اليمين ، فإن أقر جعل ناكلاً عن اليمين ويحلف المدعي .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة) ش: قل أو أكثر نحو حبة وفلسى كما ذكرنا ، لأن ما ليس له قيمة لا يثبت في الذمة ، فإذا فسر ما أقر له بذلك صار كالرجوع عما أقر به فلا يقبل منه م: (لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها) ش: أي في الذمة م: (فإذا بين غير ذلك) ش: أي غير ما لا قيمة له م: (يكون رجوعًا) ش: عن إقراره فلا يسمع ويقبل تفسيره بالكل .

وبه قال الشافعي -رحمه الله- : لا يقبل . ولو فسر ميتة أو خنزير أو خمر قبل قوله في قول مشايخ العراق ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في وجه، وأحمد في رواية . وعند مشايخ ما

قال : والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه . وكذا إذا قال :لفلان علي حق لما بينا . وكذا لو قال :غصبت منه شيئًا ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة . ولو قال : لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير ، لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به ، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفًا .

وراء النهر لا يقبل ، لأنه لا قيمة لهذه الأشياء ، وبه قال مالك والشافعي في وجه م: (**قال :والقول قوله مع يمينه ، إن ادعى المقر له أكثر من ذلك ، لأنه هو المنكر فيه**) ش: والقول قول المنكر بالحديث .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يلزمه أن يبين بما له قيمة م: (**إذا قال: لفلان علي حق لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله «أخبر عن الوجوب في ذمته». وفي «المحيط» : لو قال لفلان« على حق» ، ثم قال : عنيت به حق الإسلام لا يصدق . وإن قال : موصولاً يصدق لأنه بيان تغيير باعتبار العرف .

وقالت الأئمة الثلاثة : لا يصدق في الوجهين م: (**وكذا لو قال: غصبت منه شيئًا ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع**) ش: أي الشيخ [. . .] م: (**تعويلاً على العادة**) ش: لأن مطلق اسم العصب يدل في العرف على مال مقوم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري –رحمه الله– م: (**ولو قال: لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل ، ويقبل قوله في القليل والكثير**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك–رحمهم الله– في وجه .

وحكي عن مالك ثلاثة أوجه : **أحدها** : كقولنا . **وثانيها** : لا يقبل إلا أول نصب عن نصب الزكاة من نوع من أنواعها . **وثالثها** : لا يقبل ، إلا فيما يستباح به العضو ، والقطع في السرقة ، إلا أنه لا يقبل عندنا في أقل من عشرة دراهم ، لأن الكسور لا تعد مالاً ، كذا في« المبسوط» م: (**لأن كل ذلك مال**) ش: أي القليل والكثير مال م: (**فإنه**) ش: أي فإن المال م: (**اسم لما يتمول به ، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم ؛ لأنه لا يعد مالاً عرفًا**) ش: أي الأقل من درهم لا يعد مالاً في عرف الناس .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» في باب الإقرار : بدراهم غيره مسماة في هذه المسألة إذا بين ما دون الدرهم نصف أو دانق قالوا : القياس أن يصدق . وفي الاستحسان لا يصدق فيما دون الدراهم .

وقال الناطفي في «أجناسه» : وفي «نوادر هشام» قال محمد : –رحمه الله– : ولو قال لفلان علي مال له أن يقر بدرهم ثم قال: وقال في «النهار» : ولو قال : لفلان علي مال ، قال : هو عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر –رحمه الله– . وقال أبو

ولو قال : مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم ،لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيًا به والغني عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ؛ لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل جواب الكتاب ، وهذا إذا قال من الدارهم . أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه ،

يوسف : يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه .

م: (**ولو قال: مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم**) ش: وفي بعض النسخ لا يجوز تصديقه في أقل من مائتي درهم م: (**لأنه أقر بمال موصوف ، فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيًا به**) ش: أي بالنصاب م: (**والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة ؛ لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة، وعنه**) ش: أي وعن أبي حنيفة م: (**مثل جواب الكتاب**) ش: أي مثل جواب القدوري -رحمه الله- في : أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم .

وقال الشافعي وأحمد -رحمهم الله- : يقبل تفسيره في قوله مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير بالقليل والكثير . وقال بعض أصحاب مالك : قدر الدية . وقال الليث : الكثير اثنان وسبعون لأن الله تعالى قال : ﴿**لقد نصركم الله في مواطن كثير**﴾ (التوبة : الآية ٢٥) ، وغزواته اثنان وسبعون وفيه بعد . وفي «الفتاوى الصغرى» : لو قال : مالي نفيس أو كثير أو خطير أو جليل .

قال الناطفي : لم أجده منصوصًا . كان الجرجاني يقول: مائتان . ونقل في «الأجناس» عن «نوادر هشام» عن محمد لو قال : علي مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتي درهم .

وقال شمس الأئمة البيهقي في «كفايته» عن أبي يوسف: قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة . ولو قال له :علي دراهم أضعافًا مضاعفة . وقال: مضاعفة أضعافًا عليه ثمانية عشرة . ولو قال: علي عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهمًا .

م: (**وهذا**) ش: أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم م: (**إذا قال:**) ش: مال عظيم م: (**من الدراهم ، أما إذا قال: من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين**) ش: لأنه النصاب من الدنانير م: (**وفي الإبل بخمس وعشرين ، لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه**) ش: كالعشرين من الدنانير والمائتين في الدراهم .

وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب . ولو قال: أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من فن ما سماه اعتبارًا لأدنى الجمع .ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق أقل من عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي ، لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره . بخلاف ما دونه . وله أن العشرة أقصى ما ينتهى إليه اسم الجمع ، يقال: عشرة دراهم .ثم يقال :أحد عشر درهمًا ،فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ وينصرف إليه .

فإن قلت : ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة، لأن صاحبها غني بها وجبت عليه شياه والغني العظيم عند الناس ؟

قلت : الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة ،حقير لعدم الوجوب من جنسه ، فيشترط الخمسة والعشرون ليكون عظيمًا مطلقًا لإطلاقه، فانصرف المطلق إلى الكامل . وقال الكاكي : -رحمه الله- : إنما اشتراط ما يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيمًا ، لأن إيجاب خلاف جنسه إيجاب شاة في خمس من الإبل دليل حقارته وقصوره وقلته .

م: (**وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب**) ش: أي التقدير في غير مال الزكاة، فلا بد من بيان قيمة النصاب .م: (**ولو قال: أموال عظام**) ش: يعني لو قال لثلاث: علي أموال عظام م: (**فالتقدير بثلاثة نصب من فن ما سماه**) ش: يعني من الدراهم ستمائة ومن الدنانير ، وعلى هذا قياس الإبل والغنم ولو أقر بهما م: (**اعتباراً لأدنى الجمع**) ش: وهو ثلاثة م: (**ولو قال: دراهم كثيرة**) ش: أي ولو قال لفلان علي دراهم كثيرة م: (**لم يصدق في أقل من عشرة**) ش: دراهم م: (**وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) .

م: (**وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي درهم**) ش: وقال الشافعي -رحمه الله- : يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك . وكذا لو قال: علي دنانير كثيرة ، ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» .

وقال القدوري -رحمه الله- في «كتاب التقريب» : روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما ،م: (**لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره**) ش: بدفع زكاته وتصدق على الفقير م: (**بخلاف ما دونه**) ش: لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى تكثراً ، وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية ، وعند الشافعي وأحمد -رحمه الله- : يلزمه مائتين .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (**أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع**) ش: يعني من حيث التمييز ، لأن ما بعد العشرة التمييز بالمقرر فيقال أحد عشر درهماً ، لأنه م: (**يقال: عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً، فيكون**) ش: أي العشرة م: (**هو الأكثر من حيث اللفظ**) ش: أي من حيث دلالة اللفظ عليه م: (**وينصرف إليه**) ش: لأن العمل بما دل عليه اللفظ ، ولا مانع من

ولو قال: دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله ، وينصرف إلى الوزن المعتاد . ولو قال : كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهمًا ، لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد عشر . ولو قال: كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين ، لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره . ولو قال : كذا درهمًا فهو درهم ، لأنه تفسير للمبهم

الصرف إليه فلا يعدل إلى غيره .

م: (**ولو قال دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح**) ش: الذي لا خلاف فيه ، م: (**إلا أن يبين أكثر منها**) ش: أي من الثلاثة ، م: (**لأن اللفظ يحتمله**) ش: وكونه والأعليه فلا تهمة ، م: (**وينصرف إلى الوزن المعتاد**) ش: بين الناس ، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد .

وفي «تحفة الفقهاء» : لو قال علي بألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد ، وإن لم يكن شيئاً متعارفاً فيحمل على وزن سبعة ، فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينار يعتبرون المثاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

م: (**ولو قال :كذا كذا درهمًا لم يصدق في أقل من أحد عشر درهمًا**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره» ، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر**) ش: وأكثره تسعة عشر ، لأنه يقال : أحد عشر درهما إلى تسعة عشر ، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان ، والزيادة تعفف على بيانه .

م: (**ولو قال: كذا وكذا**) ش: درهمًا م: (**لم يصدق في أقل من أحد وعشرين**) ش: درهمًا م: (**لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون**) ش: درهما م: (**فيحمل كل وجه على نظيره**) ش: تقدير هذا الكلام أن «كذا» كناية عن العدد ، والأصل في استعمال اعتباره بالمفسر فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال : كذا درهمًا كان كما إذا قال له علي درهم ، وإذا قال: كذا كذا كان أحد عشر ، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير .

وإذا قال : كذا وكذا كان أحد وعشرين ، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحد وعشرين، وإن ربع يزاد ألف على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى الآن .

م: (**ولو قال: كذا درهمًا فهو درهم**) ش: أي الذي يلزمه درهم م: (**لأنه**) ش: أي لأن قوله «درهمًا» م: (**تفسير للمبهم**) ش: وهو قوله «كذا» ، لأنه كناية عن العدد على سبيل الإبهام ، هكذا

أورده المصنف -رحمه الله- تفريعاً على مسألة القدوري -رحمه الله- ، ولم يذكره في الأصل .
وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : قوله لأنه تفسير للمبهم ، يعني أن درهمًا منصوب على التمييز ، فلزم أن يكون هو المجمل والمبهم .

وقال الأترازي -رحمه الله- : وقال الإمام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الأنصاري العقيلي في «كتاب المنهاج» : وإن قال : له علي كذا درهمًا لزمه ما بينه ، ثم قال الأترازي -رحمه الله- : كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر ، لأنه أول العدد الذي يقع تمييزها منصوباً ، هكذا نقل عن أهل اللغة . وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم ، والقياس فيه ما قاله في «مختصر الأسرار» إذا قال علي كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل ، وهو عشرون ، لأنه بدرهم منصوب متيقن .

وقال تاج الشريعة : **فإن قلت** : ينبغي أن يجب أحد عشر درهماً ، لأنه أقل عدد يجيء تمييزاً منصوباً .

قلت : الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن . وفي «الذخيرة» و«التتمة» محال إلى «الجامع الصغير» : يلزمه درهمان ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد درهمان، والواحد لا يكون عدداً ، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- :

في قوله كذا درهمًا وكذا وكذا ، ففيه أربعة أوجه : أحدها : أن يقول : درهمًا بالرفع يلزمه درهم ، وتقديره شيء هو درهم فيجعل الدرهم بدلاً من كذا .

وثانيها : أن يقول درهم بالجر يلزمه خبر درهم ، وكذا يكون كفاية عن خبر درهم .

وثالثها : أن يقول درهمًا بالنصب ونصب على التفسير وهو التمييز ، فيلزمه درهم .

ورابعها : أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً ، لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف .

وقال القاضي الحنبلي وبعض أصحاب الشافعي -رحمهم الله- : يلزمه درهم في الحالات .

وقال خواهر زاده -رحمه الله- قال : كذا درهم بالجر يلزمه مائة درهم ، كذا روي عن محمد -رحمه الله- لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة ، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتد بعدد واحد فصرح ليستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض .

ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر ، لأنه لا نظير له سواه .وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون ، وإن ربع يزاد عليها ألف ، لأن ذلك نـظيره .قال: وإن قال : له علي أو قبلي فـقد أقر بالدين ، لأن علي صيغة إيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة

وأقل ذلك مائة درهم ، وإن قال : كذا كذا درهم يعني بالجر يلزمه ثلاثمائة ، لأنه ذكر عددين مبهمين بلا واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض ، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة ، لأن ثلاث عدد ومائة عدد وليس بينهما عاطف ، ويستقيم ذكر الدرهم عقيبها بالخفض

وقال الكاكي -رحمه الله- : وما نقله ابن قدامة في «المغني» وصاحب الحنبلي عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهم لزمه عشرون خلاف ما ذكره في «الهداية» و«التتمة» وفتاوى قاضي خان، ولم أجد في الكتب المشهورة لأصحابنا ، وعند ابن الحكم المالكي -رحمه الله- يلزمه عشرون .

م: **(ولو ثلث كذا بغير واو)** ش: أي بغير واو العطف م: **(فأحد عشر)** ش: أي فيلزمه أحد عشر درهمًا م: **(لأنه لا نظير له سواه)** ش: أي لا نظير للتثليث بلا واو ، وتقديره: أنه يحمل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد ، ويجمع بينهما ذكراً بلا ذكر عاطف ، ويحمل الاثنان على أقل ما يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف ، وهو أحد عشر .

م: **(وإن ثلث بالواو)** ش: بأن قال : كذا وكذا وكذا م: **(فمائة وأحد وعشرون)** ش: أي يلزمه مائة وأحد وعشرون درهمًا ، لأنه عدد يعتاد التعبير عنه بثلاثة أعداد مع العاطف .

م: **(وإن ربع)** ش: بأن قال : كذا وكذا وكذا وكذا م: **(يزاد عليها الألف)** ش: فتكون ألف ومائة وأحد وعشرين م: **(لأن ذلك نظيره)** ش: أي لأن الذي ربعه بواو العطف نظيره في العدد والمفسر ، يعني لو قال. علي لفلان ألف ومائة وأحد وعشرون يلزمه ذلك لصراحته ، فكذا يلزمه إذا ذكره بلفظ الكناية على العدد .

م: **(قال وإن قال له :علي أو قبلي فقد أقر بالدين ، لأن علي صيغة إيجاب)** ش: قال الله تعالى : ﴿**ولله على الناس حج البيت**﴾ (آل عمران : الآية٩٧) ، ومحل الإيجاب الذمة م: **(وقبلي)** ش: أي لفظ قبلي م: **(ينبئ عن الضمان)** ش: يقال فلان قبل عن فلان أي ضمن ، وسمي الكفيل قبيلاً لأنه ضامن للمال ، وسمي الصك والذي هو حجة الدين قبالة ، وهو ظاهر قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله م: **(على ما مر في الكفالة)** ش: ومر هذا في أوائل كتاب الكفالة ، وهو قوله وكذا إذا قال : أنا به زعيم وقبيل ، لأن الزعمة هي الكفالة، وقد مر بنا فيه ، والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة .

ولو قال المقر: هو وديعة ووصل صدق ، لأن اللفظ يحتمل مجازًا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله ، فيصدق موصولاً. لا مفصولاً ، قال -رضي الله عنه- وفي بعض نسخ «المختصر» في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما ،حتى صار قوله: لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعًا ، والأمانة أقلهما ، والأول أصح . ولو قال : عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ، لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده ، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة ، فيثبت أقلهما وهو الأمانة .

م: (**ولو قال المقر: هو وديعة**) ش: أي في قوله : «علي» أو «قبلي» م: (**و وصل**) ش: أي بقوله وديعة م: (**صدق ، لأن اللفظ يحتمل مجازاً**) ش: أي من حيث المجاز ، وبينه بقوله م: (**حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله**) ش: فكان إطلاق وصف الضمان على الوديعة تسمية للمحل باسم الحال ، كما يقال فهو جار لكنه مجاز مخالف للحقيقة فيصدق فيه إذا وصل كالاستثناء ، وهو معنى قوله : م: (**فيصدق موصولاً لا مفصولاً**) ش: كما في الإستثناء .

م: (**قال -رضي الله عنه -**) ش: أي المصنف -رحمه الله- م: (**وفي بعض نسخ «المختصر»**) ش: يعني مختصر القدوري -رحمه الله- م: (**في قوله: قبلي أنه إقرار بالأمانة ، لأن اللفظ ينتظمهما**) ش: أي الدين والأمانة م: (**حتى صار قوله: لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً ، والأمانة أقلهما**) ش: فيحمل عليها م: (**والأول أصح**).

ش: وهو أنه إقرار بالدين أصح ، ذكره في «المبسوط» ، وعلل بأن استعماله في الدين أغلب، فكان الحمل عليه أولى . وقال بعض الشراح : وكان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري -رحمه الله - ، ثم يذكر ما ذكره في الأصل لأن البداية شرح «مسائل الجامع الصغير» و«القدوري»، إلا أن المذكور في «الأصل» هو التصحيح فقدمه في الذكر .

م: (**ولو قال: عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ؛ لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده**) ش: لا في ذمته م: (**وذلك**) ش: أي الإقرار بكون الشيء في يده م: (**يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة**) ش: وهو ظاهر من مذهب الأئمة الثلاثة . وقال الأكمل : ونوقض بما إذا قال: له قبلي مائة درهم دين ووديعة ودين . فإنه دين ولم يثبت أقلهما ، وهو الأمانة .

وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما : يوجب الدين ، والآخر: يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن ، وإهمالهما لا يجوز ، وحمل الدين على الوديعة حمل الأعلى على الأدنى وهو لا يجوز ، لأن الشيء لا يكون تابعاً لما دونه ، فتعين العكس.

ولو قال له رجل :لي عليك ألف فقال :اتزنها أو انتقدها أو أجلني بهـا أو قد قضيتكها فهو إقرار، لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكـور في الدعوى ، فكأنه قال : اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور، والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ، ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا .وكذا دعوى الصدقة والهبة

م: (**ولو قال له رجل: لي عليك ألف درهم ، فقـال: اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قـضيتكها فهو إقرار**) ش: هذا كله لفظ القدوري ، وقـال المصنف : م: (**لأن الهـاء في الأول**) ش: وهو قوله : اتزنها م: (**والثاني كناية عن المذكـور في الدعوى ، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي حـتى لو لم يذكر حرف الكناية**) ش: وهو قـوله وهو الهاء م: (**لا يكون إقراراً لعـدم انصرافـه إلى المذكور**) ش: أي لعدم انصراف حرف الكناية إلى قوله «انتقد »أو «اتزن» . وقال الشافعي وأحمد-رحمهما الله- في قوله «اتزن» و«انتقد» لا يكون إقراراً بالهاء وغيره ، وبه قال بعض أصحاب مالك ، لأنه لم يوجد مثل ذلك فيمن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون إقراراً بالشك .

وعن بعض أصحـاب الشـافـعي : إذا كـان بحرف الكناية يكون إقـراراً كقـولنا . وقـال ابن سحنون المالكي : يكون إقراراً في الوجهين، إلا إذا اتزن أو اتزنهـا ما أبعدك من ذلك ، أو قـال: من أي ضرب تأخذها ما أبعدك من ذلك، فليس بإقرار .

م: (**والتـأجـيل إنما يكـون في حق واجب**) ش: لأنه لا يطلب التـأجـيل في غـيـر دين لازم م: (**والقضاء يتلو الوجوب**) ش: يعني في قوله «قضيتك» فيلزمه . وبه قالت الأئمة الثلاثة ، م: (**ودعوى الإبراء كالقضاء**) ش: يعني قوله : « أبرني» كالقضاء فيلزمه .

وعن بعض أصحاب الشافعي -رحمه الله- أن قوله : أبرأتني عنه ليس بإقرار م: (**لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله : « إن القضاء يتلو الوجوب» .

وفي «المحيط» : لو قال لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو اقعد فاقبضها أو خذها أو لم تحل بعد هذا ، أو قال غداً أو أرسل من يتزنها أو يقضيها أو قال ليست مهيأة أو ميسرة اليوم . أو قال ما أكثر ما تتقاضى أوعممتني أو حتى يدخل على مالي ، أو حتى يجيء غلامي أو يقدم ، فهذه كلها تدل على الوجوب .

ولو قـال : اتزن أو انتقـد أو أخر أو سـوف أعطيك، ولم يذكـر مع حـرف الكناية لا يكون إقراراً. ولو قال : لي عليك ألف فقال : نعم، إقراراً ، لأن نعم لا تستقل بنفسه ، أما لو قال: لي عليك ألف فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً ، لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس .

م: (**وكذا دعوى الصدقة والهبة**) ش: بأن قال: تصدقت به علي أو وهبت لي .

لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب ، وكذا لو قال: أحلتك بها على فلان ؛ لأنه تحويل الدين . قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً ، لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه ، فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدراهم السود ؛لأنه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة. قال :ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقًا عليه ، واليمين على المنكر . وإن قال : له علي مائة درهم لزمه كلها دراهم . ولو قال : مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، و المرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الأول ، وبه قال الشافعي- رحمه الله -؛ لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها ،

م: (لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب) ش: يعني هذا معنى التمليك منه وهذا لا يكون إلا بعد وجوب المال عليه في ذمته م: (وكذا) ش: أي وكذا يدل على الوجوب .

م: (لو قال :أحلتك بها على فلان ؛لأنه تحويل الدين) ش: من ذمة إلى ذمة .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (ومن أقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الأجل لزمه الدين حالاً) ش: وبه قال أبو الخطاب الحنبلي .

وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: لزمه الدين حالاً ، م: (لأنه أقر على نفسه بمال) ش: أي بمال المقر له م: (وادعى حقاً لنفسه فيه) ش: أي في المال فلا يصدق م: (فصار) ش: هذا م: (كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة) ش: لا يصدق في دعوى الإجارة .

م: (بخلاف الإقرار بالدراهم السود) ش: يعني إذا أقر أن لفلان علي دراهم ، ولكنها تصدق م: (لأنه) ش: أي لأن للسواد م: (صفة فيه) ش: أي صفة أصلية في الدراهم ، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بنش ، والأجل في الدين عارض لا يثبت بلا شرط .

والقول لمنكر العارض، م: (وقد مرت المسألة في الكفالة) ش: أي في باب الضمان ببيان الفرق، م: (قال ويستحلف المقر له على الأجل ؛ لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر) ش: بالحديث.

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (وإن قال له علي مائة ودرهم) ش: بالرفع م: (لزمه كلها دراهم ، ولو قال مائة وثوب ،لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه).

ش: أي إلى المقر، م: (وهو القياس في الأول) ش: أي لزوم درهم وتفسير المائة في قوله علي مائة ودرهم م: (وبه) ش: أي وبالقياس م: (قال الشافعي -رحمه الله-) ش: وبه قال أحمد في رواية م: (لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها) ش: للتغاير بين المعطوف عليه

فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون .أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها ، فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال: مائة وثوبان لما بينا ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف، فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابًا .

م: (**فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني**) ش: وهو قوله : علي مائة وثوب .

م: (**وجه الاستحسان وهو الفرق**) ش: بين الفصلين م: (**أنهم**) ش: أي العلماء م: (**استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره**) ش: أي بذكر الدرهم م: (**عقيب العددين**) ش: ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون درهمًا يكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيراً للكل م: (**وهذا**) ش: أي الاستثقال قاله شيخي العلاء .

وقال الكاكي -رحمه الله- : أي كون العطف للبيان م: (**فيما يكثر استعماله وذلك**) ش: أي كثرة الاستعمال .

م: (**عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك**) ش: فيما يثبت في الذمة ، وهو معنى قوله : م: (**في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون**) ش: لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها ، فإذا كثر وجوبها كثر الذكر .

فيعتبر ذلك الجنس في كل عدد، فاكتفى ذكر الجنس في العدد الأخير عن ذكره فيما سبق .

م: (**وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها**) ش: وهذا لايثبت الثياب في الذمة ديناً إلا سلمًا، والشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلاً، م: (**فبقي على الحقيقة**) ش: أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفاً على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة ، وقد انعدمت .

م: (**وكذا**) ش: أي يرجع إلى المجمل في البيان م: (**إذا قال: مائة وثوبان**) ش: ،فيرجع في بيان المائة إلى المقر م: (**لما بينا**) ش: أي الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها .

م: (**بخلاف ما إذا قال:مائة وثلاثة أثواب ؛ لأنه ذكر عددين مبهمين**) ش: وما مائة وثلاثة وإنما كانا مبهمين ، لأنه لادلالة لهما على جنس من الأجناس م: (**وأعقبهما تفسيراً ،إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف**) ش: حتى تدل على المغايرة م: (**فانصرف إليهما**) ش: أي إلى العددين م: (**لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً**) ش: لا يقال الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً .

قال : ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرًا في قوصرة ، ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه ، وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق ، بخلاف ما إذا قال : غصبت تمراً من قوصرة ؛ لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ومن أقر بتمر في قوصرة**) ش: بالتشديد والتخفيف وهي وعاء للتمر منسوج من قصب ، وقيل : إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل، وهذا على عرفهم .

وقال صاحب «الجمهرة» : أما القوصرة فأحسبها دخيلاً ، وقد روي :

أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة جميعًا

ثم قال : ولا أدري صحة هذا البيت، م: (**لزمه التمر والقوصرة**) ش: هذا كلام القدوري-رحمه الله- . وقال المصنف -رحمه الله- م: (**وفسره في« الأصل»**) ش: أي «المبسوط» م: (**بقوله: غصبت تمراً في قوصرة ، ووجهه**) ش: أي وجه لزوم التمر والقوصرة جميعاً م: (**أن القوصرة وعاء**) ش: أي للتمر م: (**وظرف له**) ش: أي للتمر م: (**وغصب الشيء وهو مظروف**) ش: أي والحال أنه في الظرف م: (**لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه**) ش: أي فيلزم التمر والقوصرة للمقر .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم فيما إذا قال : غصبت م: (**الطعام في السفينة**) ش: ،لأن السفينة ظرف له فلا يتحقق بدون المظروف م: (**والحنطة في الجوالق**) ش: فيما إذا قال : غصبت الحنطة في الجوالق بفتح الجيم جمع جولق بالضم ، والجواليق بالياء تسامح م: (**بخلاف ما إذا قال: غصبت تمراً من قوصرة ، لأن كلمة من للانتزاع**) ش: أي لنزع الشيء من الشيء م: (**فيكون إقراراً بغصب المنزوع**) ش: ،وبقولنا قال أحمد -رحمه الله- في رواية .

قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- في رواية : يكون الإقرار بالمظروف لا بالظرف، والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر ، فإن ذكرهما بكلمة« في» فيلزم الظرف والمظروف، وإن كان بكلمة من يلزم المظروف دون الظرف .

ولو أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله : غصبت درهماً في درهم، لم يلزمه الثاني ، لأنه لا يصلح ظرفاً للأول .

ولو قال : غصبت إكافًا على حمار، أو سرجاً على فرس، كان إقراراً بغصب الإكاف خاصة وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- في «مبسوطه» : لو أقر أنه غصب ثوباً في

قال : ومن أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة ، لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، وعلى قياس قول محمد- رحمه الله - يضمنهما ومثله الطعام في البيت .قال :ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ، لأن اسم الخاتم يشمل الكل ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل ، لأن الاسم ينطوي على الكل ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفًا ،

منديل كان مقراً بالثوب والمنديل ، وكذلك لو قال: غصبتك عشرة أثواب في عشرة كان مقراً بهما .

وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في «شرح الكافي» : ولو قال : غصبتك كذا وكذا وكذا مع كذا وقال كذا بكذا وقال كذا عليه كذا لزماه جميعاً .

ولو قال : كذا من كذا وكذا على كذا لزمه الأول فقط يعلم وجهها ما ذكرناه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ومن أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة)** ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله-، وإنما قال لزمه ولم يقر إقراراً بالدابة إما هذا الكلام إقرار بهما جميعاً ، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الرواية خاصة .

وإليه أشار بقوله : م: **(لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله- وعلى قياس قول محمد -رحمه الله- يضمنهما)** ش: أي الدابة والإصطبل ، وقد علم أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً لمحمد -رحمه الله- م: **(ومثله الطعام في البيت)** ش: أي ومثل إقرار بالدابة في الإصطبل قوله : غصبت الطعام في البيت فلا يلزم إلا الطعام عندهما ، وعند محمد -رحمه الله- يلزمانه .

وقال الأسبيجابي في« شرح الكافي» : ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت عند محمد - رحمه الله - ، لأنه برئ الغصب في البيت ، وهما لا يريانه فيضمن الطعام لا غير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ؛ لأن اسم الخاتم يشمل الكل**) ش: وهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية، م: (**ومن أقر له بسيف فله النصل**) ش: وهو حديدة السيف م: (**والجفن**) ش: هو غمده ، أي بخلافه م: (**والحمائل**) ش: جمع حاملة بكسر الحاء وهي علاقة السيف م: (**لأن الاسم**) ش: أي اسم السيف م: (**ينطوي على الكل**) ش: أي ينطلق على كل السيف .

م: (**ومن أقر بحجلة**) ش: وهو بيت يزين بالثياب م: (**فله العيدان**) ش: برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود م: (**والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفًا**) ش: ولا نعلم

وإن قال غصبت ثوباً لزماه جميعاً، لأنه ظرف، لأن الثوب يلف فيه ، وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لأنه ظوف ، بخلاف قوله: درهم في درهم حيث يلزمه واحد ، لأنه ظرف لا ظرف . وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف -رحمه الله- وقال محمد :لزمه أحد عشر ثوباً ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف، ولأبي يوسف أن حرف «في» يستعمل في البين والوسط أيضاً ، قال الله تعالى : ﴿فادخلى في عبادي﴾ الفجر الآيه٢٩، أي بين عبادي فوقع الشك ، والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء، فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً .

خلافًا في هذه المسائل م: (وإن قال: غصبت ثوبًا في منديل لزماه جميعًا لأنه) ش: أي لأن المنديل م: (ظرف ؛ لأن الثوب يلف فيه) ش: والخلاف فيه كالخلاف في الإقرار بالتمر في القوصرة .

م: (وكذا لو قال: علي ثوب في ثوب) ش: أي يلزمه الثوبين جميعًا م: (لأنه ظرف) ش: ولا يتحقق ذلك الإبهام م: (بخلاف قوله: درهم في درهم) ش: يعني لو قال : علي لفلان درهم في درهم م: (حيث يلزمه واحد) ش: أي درهم واحد م: (لأنه ضرب) ش: أي ضرب حساب م: (لا ظرف) ش: ، وقد مر .

م: (وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف - رحمه الله - وقال محمد :لزمه أحد عشر ثوبًا ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) ش: قيل : إنه منقوض على أصله بأن قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد -رحمه الله- مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة .

م: (ولأبي يوسف - رحمه الله - أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضًا ، قال الله تعالى : ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ م: (الفجر : الآية ٢٩) ش: ، أي بين عبادي فوقع الشك) ش: لأن كلمة في لما استعملت في معنى «بين» كما استعملت للظرف، لم يلزمه إلا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه ، فلا يجوز والمال لا يجب بالشك والاحتمال .

م: (والأصل براءة الذمم) ش: لأنها خلقت برية عرية عن الحقوق ، فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ، فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك درهمًا في درهم .

م: (على أن كل ثوب) ش: أي مع أن كل ثوب م: (موعى) ش: أي مظروف في حق ما وراءه م: (وليس بوعاء، فتعذر حمله على الظرف) ش: كذلك م: (فتعين الأول) ش: هو كونه بمعنى البين م: (محملاً) ش: بفتح الميم وسكون الحاء المهملة ، أي من حيث الحمل على معنى البين .

ولو قال : لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لأن الضرب لا يكثر المال . وقال الحسن -رحمه الله- يلزمه خمسة و عشرون ،وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال : أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ،لأن اللفظ يحتمله . ولو قال : له علي من درهم إلى عشرة ، أو قال : ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة- رحمه الله -

---

م: (**ولو قال: لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - : م: (**لأن الضرب لا يكثر المال**) ش: يعني أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في زيادة المال.

م: (**وقال الحسن - رحمه الله - : يلزمه خمسة وعشرون**) ش: أي قال الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون إن أراد الضرب ، وبه قال أحمد ومالك - رحمه الله - في رواية ، وقال زفر يلزمه العشر إذا أطلق م: (**وقد ذكرناه في الطلاق**) ش: أي في باب إيقاع الطلاق .

وقال الأترازي - رحمه الله - : ولم يذكر صاحب «الهداية» ثمة صريحًا بل فهم ذلك بالإشارة من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر - رحمه الله - في قوله : أنت طالق ثنتين في ثنتين ، وقد أراد الضرب والحساب فعندنا : يقع ثنتان .

وعنده : يقع الثلاث ، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحًا في كتاب الطلاق في «الجامع الصغير» .

قال في «شرح الكافي» : لو قال: له علي درهم مع درهم، أو معه درهم لزمه درهمان، وكذلك لو قال : قبله درهم أو بعده درهم ، ولو قال : درهم فدرهم أو درهم ودرهم، لزماه جميعًا .

ولو قال : درهم درهم لزمه درهم واحد، فرق بين هذا وبين قوله لامرأته: أنت طالق طالق، حيث يقع ثنتان ، لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكداً للأول والطلاق إنشاء والتأكيد لا يدخل في الإنشاء ،فكان الثاني غير الأول فاقتضى وقوع طلاق آخر . ولو قال: له علي درهم بدرهم لزمه درهم ، لأن الباء البدلية يعني عوضه درهم ، وكذا إذا قال: له على درهم، لأنه وصف الأول بالوجوب والثاني يكون موضوعًا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ، ولو قال : له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم.

م: (**لو قال : أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ؛ لأن اللفظ يحتمله**) ش: لأن مع للمصاحبة م: (**ولو قال: له علي من درهم إلى عشرة ، أو قال: ما بين**) ش: أي أو قال له علي ما بين م: (**درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك

فيلزمه الابتداء وما بعده ، وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان. وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ، ولو قال له: من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق.

- رحمه الله - في رواية وأحمد في وجه م: (**فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية**) ش: وهي العاشرة من العشرة .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - : م: (**يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان**) ش: أي الابتداء والانتهاء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ومالك في رواية وأحمد في وجه ومالك في رواية في قوله ما بين درهم إلى عشرة .

م: (**وقال زفر - رحمه الله - يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان**) ش: أي الابتداء أو الانتهاء كما ذكرنا م: (**ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء**) ش: أي له أي للمقولة ما بين الحائطين شيء م: (**وقد مرت المسائل مع الدلائل في الطلاق**) ش: الشراح كلهم ما تكلموا هنا شيء اكتفاء بما ذكره المصنف - رحمه الله - في كتاب الطلاق ، وبالله التوفيق .

* * *

(فصل)

قال: ومن قال :لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان، أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح ، لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك لـه ثم إذا جاءت به حياً في مدة يعلم أنه كـان قائمًا وقت الإقرار لزمه ، وإن جاءت به ميتاً فـالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته، لأنه إقرار في الحقيقة لـهما ، وإنما ينقل إلى الجنـين بعد الولادة ولم ينتقل . ولو جـاءت بولدين حين فالمال بينهما .

م: (فصل)

ش :أي هذا فصل في بيان مسائل الحمل ذكرها بفصل على حدة إلا أنه ألحق مسائل الخيار بها اتباعًا « للمبسوط » .

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله –: م: (**ومن قال :لحمل فلانة علي ألـف درهم ، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح ؛ لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له**) ش: أي للحمل ،وذلك لأن هذا الإقرار صدر من أهله مضافًا إلى محله ولم يتيقن بكذب ما أقر به ، فكان صحيحًا كما لو أقر به بعد الانفصال ، لأن الجنين أهل أن يستحق شيئًا بالميراث أو الوصية وإن كان بين وجهًا لا يستقيم وجوب المال به للجنين فإنه لا يصح إقراره ولا يلزمه شيء .

كما إذا قال لما في بطن فلانة علي ألف درهم بالبيع أو الإجارة أو الإقراض ، فإن الإقرار لم يضف إلى محله وهو ظاهر ، كما لو أقر أنه قطع يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الإقرار شيء ، لأنه كذب بيقين .

م: (**ثم إذا جاءت به حيًا**) ش: أي ثم إذا جاءت فلانة بالولد م: (**في مدة يعلم أنه كـان قائمًا وقت الإقرار**) ش: أي كان موجوداً وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار م: (**لزمه**) ش: أي لزم الرجل ما أقر به ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين وهي معتدة فكذلك ، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه م: (**وإن جاءت به ميتًا فـالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته**) ش: أي بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث م: (**لأنه إقرار في الحقيقة لهما**) ش: أي للموصي والمورث م: (**وإنما ينقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد – رحمهما الله – وقال مالك – رحمه الله– يبطل إقراره لعدم مستحقه .

م: (**ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما**) ش: أي إن كانا ذكرين أو أنثيين ، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ففي الوصية بينهما نصفين ، وفي الميراث : ﴿ **للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾ .

ولو قال المقر: باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء ، لأنه بين سبباً مستحيلاً . قال فإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف- رحمه الله- ، وقال محمد- رحمه الله -: يصح لأن الإقرار من الحجج فيجب أعماله وقد أمكن بالحمل علي السبب الصالح ، ولأبي يوسف -رحمه الله- :أن الإقرار مطلق ينصرف إلي الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه يصير كما إذا صرح به . قال : ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه،لأن له وجها صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه . قال : ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط ، لأن الخيار

م: (**ولو قال المقر: باعني**) ش: يعني لو قال: لحمل فلانة علي ألف من ثمن شيء باعني م: (**أو أقرضني**) ش: أي أو قال حمل فلانة أقرضني ألف درهم م: (**لم يلزمه شيء لأنه بين سببًا مستحيلاً**) ش: إذ البيع أو الإقراض من الجنين حقيقة وهو ظاهر ، وكذا حكمًا لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتي يصير تصرفه كتصرفه ، فصار كلامه لغواً فلا يلزمه شيء .

م: (**قال فإن أبهم الإقرار**) ش: إن لم يعين سببه م: (**لم يصح عند أبي يوسف**) ش: وقيل أبو حنيفة - رحمه الله - معه ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول م: (**وقال محمد- رحمه الله-: يصح**) ش: وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في الأصح وهو قول مالك م: (**لأن الإقرار من الحجج ، فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح**) ش: بأن يقول: أوصى له فلان، أومات أبوه فورثه تصحيحًا لكلام المعاقل .

م: (**ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن الاقرار مطلق ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه**) ش: أي على الإقرار بسبب التجارة ، ولا يحمل إقرارهما على دين المهر وإرش الجناية حتى لا يؤاخذ العبد في حال رقه ولا يؤاخذ الشريك الآخر م: (**يصير كما إذا صرح به**) ش: أي يصير المقر به كما إذا صرح بدين التجارة بدلالة العرف .

م: (**قال**) ش: أي القدروي : م: (**ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه لأن له**) ش: أي بهذا الإقرار م: (**وجهًا صحيحًا وهو الوصية به من جهة غيره**) ش: بأن أوصى به له مالك الجارية ومالك الشاة ، فإذا كان كذلك م: (**فحمل عليه**) ش: بالوجه المذكور . وقال الشافعي - رحمه الله - : إن أطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه ، وفي قول: يصح وهو الأصح وبه قال أحمد ومالك - رحمه الله - إن تيقن بوجوده عند الإقرار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله- : م: (**ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط**) ش: صورته : إن أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعه قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالإقرار جائز ويبطل الشرط م: (**لأن الخيار**) ش: لا يليق بالإخبار لأنه لا يتغير به الإخبار ،

للفسخ والإخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمه ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل .

ولأنه أي لأن الخيار في الحقيقة م: (**للفسخ والإخبار لا يحتمله**) ش: ، لأن الخبر إن كان صادقًا بمطابقته للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره ، وإن كان كاذبًا لم يتغير باختياره م: (**ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة**) ش: وهي قوله : علي ونحوه، م: (**ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل**) ش: لأن الباطل لا تأثير له .

أما لو أقر بدين من ثمن مبيع على أنه فيه بالخيار فإن هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه ، لأن سببه يقبل الخيار ، وإن كذبه صاحبه لم يثبت الخيار ، لأن مطلق البيع اللزوم ، والخيار أمر عارض فلا يثبت إلا بحجة .

ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة فإن صدقه المقر له فهو كما قال ، والخيار ثابت له إلى آخر المدة ، لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه ، فيجعل ما تصادقًا كالمعاين في جهتهما ، كذا في «المبسوط» .

***

باب الاستثناء وما في معناه

قال : ومن استثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي ؛لأن الاستثناء مع الجمله عبارة عن الباقي ، ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ،

م: **(باب الاستثناء وما في معناه)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم الاستثناء ومافي معناه ، والاستثناء : استفعال من الثني وهو الصرف، وهو متصل ، وهو الإخراج والتكلم بالباقي ومنفصل ، وهو ما لا يصح إخراجه قوله : «وما في معناه» ، أي وما في معنى الاستثناء في كونه مغيراً وهو الشرط .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ومن استثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي)** ش: لا بد من الاتصال ، وهو مذهب الأئمة الأربعة - رحمهم الله - وفيه خلاف بعض العلماء .

ونقل عن ابن عباس -رضى الله عنهما - جواز التأخير ، واستدل بقوله ﷺ : «والله لأغزون قريشاً ، ثم قال : بعد سنة إن شاء الله » . وأجيب: بأن هذا لم يكن على وجه الاستثناء ، بل هو امتثال لما أمر به في قوله عز وجل : ﴿**واذكر ربك إذا نسيت**﴾ . وعن عبد الملك المالكي : لا يصح الاستثناء ، وعنه أنه لا يصح استثناء الآحاد من العشرات ولا المئين من الألوف، بل يصح استثناء الآحاد والعشرات من المئين والألوف ، واستثناء الأقل والأكثر يجوز .

وقال الفراء: لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل . وعن أحمد - رحمه الله - مثله . وفي«الكافي» : وعن أبي يوسف ومالك - رحمهم الله - مثله وفي «الحلية » : وبه قال ابن درستويه النحوي وأحمد - رحمه الله - ولكن ما ذكره من قول مالك - رحمه الله - لم يكن مشهوراً عند أصحابه ، واستثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف .

وذكر المصنف في زياداته هذا إذا استثنى معين بذلك اللفظ بأن قال : نسائي طوالق إلا نسائي ، أما لو قال : نسائي طوالق إلا عمرة وزينب وفاطمة ، حتى أتى على الكل صح ، وكذا لوقال : نسائي طوالق إلا هؤلاء، صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن .

م: **(لأن الاستثناء مع الجملة)** ش: أي الصدر م: **(عبارة عن الباقي)** ش: لأن معنى قوله : «علي عشرة إلا درهمًا »معنى قوله : « علي تسعة» م: **(ولكن لا بد من الاتصال)** ش: أي اتصال الاستثناء بقوله وإلا لا يصح وقد مر بيانه الآن م: **(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر)** ش: أي أقل من الباقي وأكثر منه كما في قوله : لفلان علي ألف درهم إلا أربعمائة ، ولفلان علي ألف إلا ستمائة والدليل على ذلك قوله عز وجل ﴿ **وقم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه** ﴾ (المزمل : الآية ٢-٤) ، لأن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة إلا وراء المستثنى ، ولا فرق

فإن استثني الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء ؛لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ، ولواحاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق . ولو قال : له علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ولو قال له : علي مائة درهم إلا ثوبًا لم يصح الاستثناء . وقال محمد -رحمهما الله- :لا يصح فيهما . وقال الشافعي -رحمه الله- :يصح فيهما . لمحمد: أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس ،وللشافعي- رحمه الله : انهما اتحدا جنساً من حيث المالية .

في ذلك بين الاستثناء في الأقل أو الأكثر .

م: (فإن استثنى الجميع لزمه) ش: أي لزم المقر م: (الإقرار) ش: أي كل ما أقر به م: (وبطل الاستثناء ، لأنه) ش: أي الإستثناء م: (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) ش: أي المستثنى م: (ولا حاصل بعده) ش: أي بعد استثناء الكل عن المقدر م: (فيكون رجوعًا) ش: والرجوع عن الإقرار لا يصح م: (وقد مر الوجه في الطلاق) ش: أي قد مر وجه ذلك في كتاب الطلاق في فصل الاستثناء .

م: (ولو قال: له علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز ، وهذا) ش: أي هذا الحكم م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . ولو قال: له علي مائة درهم إلا ثوبًا لم يصح الاستثناء) ش: أما صحة الوجه الأول فلأنه استثناء القدر من المقدر، وهو صحيح استحسانًا ، ويطرح قدر قيمة المستثنى بما أقر به ، وأما عدم جواز الوجه الثاني فلا بد من استثناء غير المقدر فلا يصح الاستثناء .

م: (وقال محمد -رحمه الله-: لا يصح فيهما) ش: وهو القياس ، وبه قال زفر - رحمه الله- وأحمد م: (وقال الشافعي - رحمه الله - : يصح فيهما) ش: وبه قال مالك - رحمه الله- م: (لمحمد : أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) ش: يعني إن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت الصدر م: (وهذا لا يتصور في خلاف الجنس) ش: وفي بعض النسخ : وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس .

م: (وللشافعي -رحمه الله -: أنهما) ش: أي أن المستثنى والمستثنى منه م: (اتحدا جنسًا) ش: أي من حيث الجنس م: (من حيث المالية) ش: حاصله أن اشتراط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقيق المقتضى وهو التصرف اللفظي . وقال الأكمل وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضًا ، وهو الحق . وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ، بناه على أن الاستثناء يعارض الصور وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح ، لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول

ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية . وهذا في الدينار ظاهر ، والمكيل والموزون أوصافها أثمان ، أما الثوب فليس بثمن أصلاً ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمناً صلح مقدراً للدراهم ، فصار بقدره مستثنى من الدراهم ،وما لا يكون ثمنًا لا يصلح مقدراً ، فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح . قال : ومن أقر بحق، وقال: إن شاء الله متصلاً بإقراره لا يلزمه الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله ، إما إبطال أو تعليق ،

بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى ، فهو إخراج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول هنا .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبى يوسف -رحمهما الله- م: (أن المجانسة في الأول) ش: أي في الوجه الأول وهو قوله «علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة » م: (ثابتة من حيث الثمنية) ش: لأنها تثبت في الذمة ثمنًا م: (وهذا في الدينار ظاهر ، والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) ش: فإنهما إذا وصفت تثبت في الذمة حالاً ومؤجلاً ، وجاز الاستقراض بها . ولو عين يتعلق بأعيانهما ، ولو وصف ولم يعينا صار حكمهما حكم الدينار ، وهذا يستوي الجيد والرديء فيهما ، فكان في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى .

م: (أما الثوب فليس بثمن أصلاً ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) ش: احترز به عن السلم فإنه يجب في السلم م: (وما يكون ثمنًا صلح مقدراً) ش: بكسر الدال على صيغة الفاعل م: (للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم) ش: فيكون تقديره : له عليّ ألف إلا قدر قيمة المستثنى م: (وما لا يكون ثمنًا لا يصلح مقدراً) ش: لعدم المجانسة م: (فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً) ش: فجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه م: (فلا يصح) ش: أي الاستثناء فتعتبر على البيان .

وفي «الذخيرة» : وإذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى على المقر ، وإن كانت قيمة المستثنى تفترض ما أقر به لا يلزمه شيء ،ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالفًا لما ذكر في «الذخيرة» محالاً إلى «المنتقى» .

قال أبو حنيفة : -رحمه الله- لو قال : لفلان علي مائة درهم إلا قليلاً فعليه أحد وخمسون درهمًا ، وكذا في نظائرها نحو قوله «الأشياء» ، لأن الشيء استثناء الأقل . وعن أبي يوسف-رحمه الله- لو قال : علي عشرة إلا بعضًا ؛ فعليه أكثر من النصف .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (ومن أقر بحق وقال: إن شاء الله متصلاً بإقراره لا يلزمه الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ،إما إبطال) ش: عند محمد م: (أو تعليق) ش: عند أبي يوسف، قاله الأترازي ، ثم قال : بيانه فيما قال في كتاب الطلاق عن «الفتاوى الصغرى» والقسمة إذا قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى فهو يمين عند أبي يوسف حتى لو قال لامرأته : إن

فإن كان الأول فقد أبطل ، إن كان الثاني فكذلك ، إما لان الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ، بخلاف ما إذا قال: لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس أو إذا أفطر الناس ؛ لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلاً لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً .

حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها : أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث ، وعند محمد -رحمه الله- : لا يكون يمينًا حتى لا يحنث به عنده .

فإن قلت : قال الأكمل : وغيره الاستثناء بمشيئة الله تعالى إبطال ، كما هو مذهب أبي يوسف -رحمه الله- أو تعليق كما هو مذهب محمد -رحمه الله- ، وهذا مخالف لما قاله الأترازي .

قلت : لا مخالفة ، لأن الكاكي لما قال : قال محمد : إبطال ، وقال أبو يوسف : تعليق ، قال : وقيل : الاختلاف على العكس ثم قال الأكمل : وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال : إن شاء الله تعالى أنت طالق عند أبي يوسف -رحمه الله- لا يقع الطلاق لأنه إبطال . وعند محمد لا يقع لأنه تعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار .

م: **(فإن كان الأول)** ش: وهو الإبطال م: **(فقد أبطل ، وإن كان الثاني)** ش: وهو التعليق م: **(فكذلك)** ش: أي بطل م: **(أما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)** ش: لأن الإقرار إخبار بما سبق، والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة م: **(أو لأنه)** ش: أو لأن التعليق م: **(شرط لا يوقف عليه)** ش: والتعليق بمثله يكون إعداماً من الأصل ، فيصير بمنزلة الإبطال م: **(كما ذكرنا في الطلاق)** ش: أي فصل الاستثناء م: **(بخلاف ما إذا قال: لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس ؛ لأنه في معنى بيان المدة)** ش: وذلك من حيث العرف ، لأن الناس يعتبرون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب ، لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر ، ومع هذا من أجال الناس فتركت الحقيقة للعرف م: **(فيكون تأجيلاً لا تعليقًا)** ش: فيلزمه الإقرار م: **(حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً)** ش: وعند الشافعي -رحمه الله- يجب المال مؤجلاً .

وفي «شرح الكافي» : لو قال : لفلان علي ألف درهم إن شاء فلان فقال فلان شئت فهذا الإقرار باطل ، لأنه علق واللزوم حكم الشرط لا حكم التعليق ، وكذلك لكل إقرار علق بمطر أو شرط نحو قوله «إن دخلت الدار» و«إن مطرت السماء» ، أو «إن هبت الريح »، أو «إن قضى الله» ، أو «إن أراده »، أو« إن رضيه» ، أو «إن أحب» ، أو «إن أصبت مالاً»، أو «إن كان

قال: ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء ، لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً ، والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار ، لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً ، بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لأنه داخل فيه لفظاً . ولو قال :بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال ، لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال :بياض هذه الارض دون البناء لفلان ،بخلاف ما إذا قال: مكان العرصة أرضاً

كذلك»أو «إن كان ذلك حقًا» ، لأنه تعليق الإقرار بالشرط ؛فلا يكون إقرارًا للحال، ولا يمكن جعله إقرارًا للحال ، ولا يمكن جعله إقرارًا عند وجود الشرط لأنه ليس بموجود في تلك الحالة ، بخلاف تعليق الطلاق والعتاق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- :م: (**ومن أقر بدار**) ش: بأن قال: هذه الدار لفلان م: (**واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء ، لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظًا**) ش: يعني اسم الدار لا يتناول البناء مقصودًا ، لأن البناء ، وصف فيه ، والوصف يدخل تبعًا لا قصدًا م: (**والاستثناء تصرف في الملفوظ**) ش: يجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فيما لا يتناوله اسم الدار ولا يتحقق فيه عمل الاستثناء .

فإن قلت : يشكل بما إذا قال : لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة ، فإن الحنطة دخلت في الدار معنى لا لفظًا حتى صح استثناؤه .

قلت : الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى ، فتناولها من حيث اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم العرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرًا للبناء بطريق التناول ، بل الدار اسم العرصة ، والبناء صفة والوصف يدخل تبعًا لا قصدًا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا .

م: (**والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار**) ش: يعني كما لا يصح استثناء البناء ، لا يصح استثناء الفص والحلقة م: (**لأنه يدخل فيه**) ش: أي يدخل تحت الصدر م: (**تبعًا لا لفظًا ، بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها**) ش: بأن قال : هذه الدار لفلان إلا ثلثها م: (**أو إلا بيتًا منها**) ش: أي أو قال : هذه الدار لفلان إلا بيتًا منها م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من الثلث والبيت م: (**داخل فيه لفظًا**) ش: ومقصودًا ، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن .

م: (**ولو قال : بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال**) ش: يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان ، م: (**لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال : بياض هذه الأرض لفلان دون البناء**) ش: والبناء لا يتبعها م: (**بخلاف ما إذا قال: مكان العرصة أرضًا**) ش: يعني قال: بناء

حيث يكون البناء لـلمقر له لأن الإقرار بالأرض إقـرار بالبناء كالإقـرار بالدار . ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولـم أقبضه ،فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العـبد وخـذ الألف وإلا فلا شـيء لك ، قال : هذا على وجـوه : أحـدها: هذا ، وهو أن يصدقـه ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكرنا ، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. والثاني : أن يقول المقر له العبـد عبدك مـا بعتكه ، وإنما بعـتك عبـداً غير هذا ، وفـيه المال اللازم على المقـر لإقراره به عند سلامة العبد له ، وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود.

هذه الدار لي والأرض لفلان م: (**حيث يكون البناء للمقر له**) ش: مع الأرض خلافًا للأئمة الثلاثة -رحمهم الله- ، م: (**لأن الإقرار بالأرض إقـرار بالبناء كالإقـرار بالدار**) ش: حيث تكون الأرض والبناء للمقر وإن استثنى البناء ، لأن البناء داخل في الإقرار ، كما أن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء، لأن الإقرار بالأصل إقرار بالتبع .

م: (**ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر لـه: إن شئت فسلم العبد وخذ الألف ، وإلا فلا شيء لك**) ش: إلى هنا لفظ القدوري -رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي المصنف -رحمه الله- م: (**هذا**) ش: أي المذكور م: (**على وجوه : أحدها : هذا**) ش: أى الذي ذكره القدوري .

م: (**وهو أن يصدقه**) ش: أي يصدق المقر له المقر .

م: (**ويسلم العبد ، وجوابه**) ش: أي جواب هذا الوجه م: (**ما ذكرنا**) ش: وهو أن يقال للمقر له : إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك ، م: (**لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة**) ش: فلو علمنا أنه اشترى منه هذا العبد في يده كان عليه ألف درهم ، كذا ها هنا .

م: (**والثاني**) ش: أي الوجه الثاني .

م: (**أن يقول المقر لـه : العبد عبدك مـا بعتكه وإنما بعتك عبـداً غير هذا وفيـه المال اللازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود**) ش: كما لو قال : لك علي ألف عصبة صك .

وقال : لا بل استقرضت مني ، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له .

وقال الكاكي : لأن الأسباب مطلوبة بأحكامها لا بأعيانها ، ولا يعتبر التكاذب

والثالث : أن يقول العبد عبدي ما بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء؛ لأنه ما أقر بالمال إلا عوضًا عن العبد ، فلا يلزمه دونه.ولو قال مع ذلك: إنما بعتك غيره يتحالفان ؛ لأن المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره ، والآخر ينكر ، فإذا تحالفا بطل المال . وهذا إذا ذكر عبداً بعينه.وإن قال: من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله: ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه رجوع، فإنه أقر بوجوب المال رجوعًا إلى كلمة «علي» وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً ؛لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع، فيمتنع بوجوب نقد الثمن ،وإذا كان كذلك كان رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً .

في السبب بعد اتفاقها على وجوب أصل المال .

م: (**والثالث**) ش: أي الوجه الثالث : م: (**أن يقول: العبد عبد ما بعتك ، وحكمه: أن لا يلزم المقر شيء ، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضًا عن العبد فلا يلزمه دونه**) ش: فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضًا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر له ، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد .

م: (**ولو قال مع ذلك**) ش: أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به : ما بعتكه م: (**إنما بعتك غيره يتحالفان**) ش: لأن كل واحد مدع ومنكر ، أشار إليه بقوله : م: (**لأن المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره ، والآخر ينكر فإذا تحالفا بطل المال**) ش: يعني بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده، م: (**وهذا**) ش: أي هذا المذكور م: (**إذا ذكر عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله: ما قبضت، عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه رجوع ، فإنه أقر بوجوب المال رجوعًا إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً**) ش: لأن ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذ لا طريق للتوصل إليه ، لأن ما من عبد يحضره إلا والمشتري يقول المبيع غير هذا ، وتسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المعقود عليه ، فعرفنا إنه في حكم المستهلك وثمن المستهلك غير واجب ، إلا أن يكون مقبوضًا فيكون الإقرار بوجوب ثمنه إقرارًا بقبضه . وإذا أقر بالقبض يكون قوله لم أقبضه رجوعًا بعد الإقرار.

م: (**لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة ، بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع ، فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً**) ش: بيانه : أن أول كلامه إقرارًا يوجب الثمن ، وآخر يوجب سقوطه وذلك رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء**) ش: كما في

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ، وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد ، وإن أقر أنه باعه متاعًا فالقول قول المقر. ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببًا وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيراً ؛ لأن صدر كلامه للوجوب مطلقًا وآخره يحتمل إنتفاءه على إعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً . ولو قال : ابتعت منه عينًا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع ؛لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن . قال :وكذا لو قال: من ثمن خمر أو خنزير ، ومعنى المسألة إذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة - رحمه الله - وصل أم

المتن ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر ، له أن يكون ذلك من ثمن عبد . وإن أقر أنه**) ش: أي أن المقر له م: (**باعه متاعًا فالقول قول المقر . ووجه ذلك**) ش: أي وجه كون القول للمقر م: (**أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببًا**) ش: يعني أن قوله : لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه ، وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب م: (**وهو البيع ، فإن وافقه الطالب**) ش: وهو المقر له م: (**في السبب**) ش: قال الأكمل :[وفيه] -رحمه الله- ونظر، لأن قوله : « فإن وافقه الطالب في السبب» شرط ، فلا بد من جوابه ،وقوله م: (**وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض**) ش: لا يصلح لذلك ، أي كالبيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري، أي وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل ، لأنه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ، والمدعي الذي هو المقر له يدعي قبض الثمن، م: (**والمقر ينكره ، فيكون القول قوله**) ش: أي للمنكر .

م: (**وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيراً ؛ لأن صدر كلامه للوجوب مطلقًا**) ش: لأن مقتضى أول الكلام أن يكون مطالبًا بالمال في الحال رجوعًا إلى كلمة «علي» م: (**وآخره**) ش: أي وآخر الكلام م: (**يحتمل انتفاءه**) ش: أي انتفاء الوجوب، م: (**على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً**) ش: كالاستثناء .

م: (**ولو قال: ابتعت منه عينًا**) ش: أي مبيعًا م: (**إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**لأنه ليس من ضرورة البيع القبض**) ش: فإن الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال م: (**بخلاف الإقرار بوجوب الثمن**) ش: فإن من ضرورته القبض.

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وكذا لو قال : من ثمن خمر أو خنزير**) ش: وقال المصنف : م: (**ومعنى المسألة**) ش: أي المسألة التي ذكرها القدوري م: (**إذا قال : لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة -رحمه الله- وصل أم**

فصل ، لأنه رجوع ، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً ، وأول كلامه للوجوب. وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء ، لأنه بين بآخر كلمه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره :إن شاء الله . قلنا ذاك تعليق ، وهذا إبطال . ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن متاع ، أو قال: أقرضني ألف درهم ثم قال: هي زيوف

فصل ، لأنه رجوع ، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبًا ، وأول كلامه للوجوب) ش: وهو قوله : «علي» فيكون رجوعًا عن الإقرار فلا يصدق ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في الأصح وأحمد -رحمه الله- ولم يذكر القدوري في «مختصره» الخلاف ، وإنما ذكره الأسبيجابي .

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : م: (إذا وصل لا يلزمه شيء) ش: وبه قال مالك والشافعي -رحمه الله- في قول وإسحاق ، واختاره المزني م: (لأنه) ش: أي لأن المقر م: (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب) ش: وقال الأسبيجابي : مما مرا على أصلهما ، لأن هذا بيان مغير ، ولكن هذا فيما إذا كذبه الطالب ، أما إذا صدق في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعًا ، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ، وكذا الحكم فيها إذا قال: من ثمن خمر أو ميتة أو دم .

وفي «الأجناس» : رواية هشام لو قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان . وقال الطالب: بل هو من ثمن المال لازم للمطوب في قول أبي حنيفة -رحمه الله- مع يمين الطالب ، وقال : القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه ، ألا ترى أنه لو قال علي درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلاً ، ثم قال في «الأجناس» : من ذكر« في نوادر أبي يوسف» -رحمه الله - رواية ابن سماع : لو قال: لفلان علي ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة -رحمه الله .

وفي «الذخيرة» : لو قال: له علي ألف درهم حرام أو ربا لزمه الألف ، لأن الحرام عنده لعله يكون حلالاً عند غيره ، ولعل الربا عنده ليس بربا عند غيره . ولو قال: له علي ألف زوراً وباطل إن صدقه فلان فلا شيء عليه ، وإن كذبه فعليه الألف .

م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال في آخره : إن شاء الله تعالى) ش: يعني إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق فلذا م: (قلنا :) ش: هذا جواب عن قياسها على مسألة الاستثناء بالمشيئة ، تقريره أن يقال: م: (ذاك تعليق) ش: بالشرط ، والتعليق بالشرط من باب التغيير ، فيصح موصولاً م: (وهذا) ش: أي الذي نحن فيه م: (إبطال) ش: والإبطال رجوع فلا يصح .

م: (ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن متاع ، أو قال: أقرضني ألف درهم ثم قال : هي زيوف)

أو نبهرجة ، وقال المقر: له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة- رحمه الله - ، وقالا: إن قال: موصولاً يصدق ، وإن قال: مفصولاً لا يصدق ، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال : إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال : لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما :أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانًا مغيراً من هذا الوجه ، وصار كما إذا قال : إلا أنها وزن خمسة . ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن هذا رجوع ؛لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ،

ش: جمع زيف، وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال م: (**أو بنهرجة**) ش: هو دون الزيوف ، لأن التجارة ترده ،م: (**وقال المقر له :جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: وصل أم فصل م: (**وقالا**) ش: أي قال : أبو يوسف ومحمد م: (**إن قال: موصولاً يصدق وإن قال: مفصولاً لم يصدق**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- م: (**وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة**) ش: وهي أردأ من النبهرجة م: (**أو رصاص**) ش: أي أو قال: هي رصاص ؛ فلا يصدق عند أبي حنيفة -رحمه الله- وصل أم فصل ، وعندهما : يصدق إن وصل .

وفي « جامع قاضي خان» : عن أبي يوسف فيه روايتان في رواية مع أبي حنيفة ، وفي رواية مع محمد م: (**وعلى هذا**) ش: الخلاف م: (**إذا قال : إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال : لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع**) ش: تجري الزيوف وتجري الصفة على المعدود دون العدد ، كقوله تعالى: ﴿ **سبع بقرات سمان** ﴾ (يوسف : الآية ٤٧) .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط**) ش: والتعليق م: (**والاستثناء ، وهذا**) ش: توضيح لما قبله، م: (**لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته**) ش: لأنها من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ، ولا يصير استبدالاً م: (**والستوقة بمجازه**) ش: لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغير ، فيصح موصولاً ومفصولاً م: (**إلا أن مطلقه**) ش: أي مطلق اسم الدراهم م: (**ينصرف إلى الجياد**) ش: لأن أكثر النقود تكون جياداً ، إلا أن بياعات الناس تكون بالجياد عادة م: (**فكان بيانًا مغيراً من هذا الوجه**) ش: أي من الوجه المذكور ، فلذلك شرط له الوصل م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة**) ش: أو ستة ، ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدق إن كان مفصولاً .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- :إن هذا رجوع ؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب ، والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه**) ش: أي موجب العقد ؛ لأن إبطال

وصار كما إذا قال : بعتكه معيبًا. وقال المشتري: بعتنيه سليمًا ، فالقول للمشتري لما بينا ، والستوقة ليست من الأثمان ، والبيع يرد على الثمن ، فكان رجوعًا . وقوله: إلا أنها وزن خمسة يصح الاستثناء؛ لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن إستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ، بخلاف ما إذ قال: علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرداءة نوع لا عيب، فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها . وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض: أنه يصدق في الزيوف إذا وصل ؛لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض ، وقد يكون زيفًا كما في الغصب .

بعض ما هو مستحق بالعقد فلا يصدق، وإن وصل م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال: بعتكه معيبًا ، وقال المشتري : بعتنيه سليمًا، فالقول للمشتري لما بينا) ش: أشار به إلى قوله« مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب » .

م: (والستوقة ليست من الأثمان) ش: أي ليست من جنس الأثمان ،م: (والبيع يرد على الثمن فكان) ش: أي فكان دعواه على تأويل الادعاء ، يعني دعواه الستوقة م: (رجوعًا) ش: عن الإقرار فلا يصح، م: (وقوله إلا أنها وزن خمسة) ش: هذا جواب عما استشهد به ، تقريره : أنه ليس مما نحن فيه ، لأن قوله هذا م: (يصح الاستثناء ، لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار) ش: لأنه لا يجوز .

توضيحه : أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف، لأن الصفة مما لم يتناوله وله اسم الدراهم حتى يستثنى ، وإنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة .

م: (بخلاف ما إذا قال : علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب) ش: لأن العيب ما يخلو عند الفطرة السليمة والحنطة قد تكون رديئة م: (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) ش: أي عن الرداءة ، ولهذا لا يصح شراء الحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أو لكلامه ، فيصح وصل أم فصل، إذ مقتضى العقد لا يقتضي نوعًا دون نوع ، فلا يستحق نوع بمطلق العقد ، بخلاف الزيادة فإنها عيب ، ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها .

م: (وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض) ش: المراد بالأصول الجامعان و«الزيادات» و«المبسوط» وغيرها ظاهر الرواية . وعن الأمالي والنوادر والورقيات فإنها روايات ، والكيسانيات بغير ظاهر الرواية م: (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) ش: إذا قال لفلان علي ألف درهم قرض ،أما إذا قطع كلامه ثم قال : بعد زمان هي زيوف، لا يصدقه باتفاق الروايات، م: (لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون) ش: المقبوض م: (زيفًا) ش: والقرض يقضي بالمثل، م: (كما في الغصب) ش: يكون المغصوب زيفًا ، لأن الواجب فيه مثل المقبوض ، والجامع

ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها . ولو قال : لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض ، قيل: يصدق بالإجماع ؛ لأن إسم الدراهم يتناولها ، وقيل :لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم . ولو قال: اغتصبت منه ألفًا أو قال: أودعني ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق ، وصل أم فصل ؛لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل ، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ، ولهذا لو جاء زاد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتباراً بالقرض ، إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ،

بينهما أن كلا منهما يوجب الضمان بالقبض، م: **(ووجه الظاهر)** ش: أي ظاهر الرواية : م: **(أن التعامل)** ش: يكون بين الناس م: **(بالجياد فانصرف مطلقه)** ش: أي مطلق القرض م: **(إليها)** ش: أي إلى الجياد، فيجب عليه ذلك ثم دعواه الزيافة لا تقبل ، لأنه رجوع عما أقر به .

م: **(ولو قال :لفلان علي ألف درهم زيوف ، ولم يذكر البيع والقرض ، قيل: يصدق بالإجماع لأن إسم الدراهم يتناولها)** ش: أي الزيوف م: **(وقيل: لا يصدق)** ش: أي عند أبي حنيفة-رحمه الله- وصل أم فصل م: **(لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم)** ش: وهو الغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ، وعند زفر -رحمه الله- يبطل إقراره إذا قال المقر : له جياد . م: **(ولو قال اغتصبت منه ألفًا أو قال: أودعني ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل ، لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد)** ش: لأن المقتضى في عقود المعاوضة م: **(ولا تعامل)** ش: أي في غصب الجياد ولا في إيداع الجياد بخلاف الاستقراض ، فإن المتعامل فيه بالجياد ، كذا قاله تاج الشريعة .

وقال شيخ العلاء : وهذا إشارة إلى الجواب عن فصل القرض ، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى ، فقد وجد التعامل والناس يتعاملون بالجياد فينصرف إلى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف إلى الجياد، م: **(فيكون)** ش: أي قول المقر م: **(بيان النوع فيصح وإن فصل)** ش: ،وقال الشافعي وأحمد: إذا فصل لم يصدق ، وهو رواية عن أبي يوسف في الغصب م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد م: **(لو جاء زاد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله)** ش: فإن الاختلاف متى وقع وصفه المقبوض فالقول للقابض ضمينًا أو أمينًا .

م: **(وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه لا يصدق فيه)** ش: أي في الغصب م: **(مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما)** ش: أي في الغصب والقرض م: **(هو الموجب للضمان)** ش: وجوابه يعلم مما تقدم .

ولو قال: هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم، لكن الاسم يتناولها مجازاً، فكان بيانًا مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال: في هذا كله ألفاً ثم قال: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق، لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا، بخلاف الزيافة؛ لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا .و لو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتزاز عنه . ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله، لأن الغصب لا يختص بالسليم . ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال :لا بل أخذتها غصبًا فهو ضامن،

م: (ولو قال: هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم، لكن الاسم) ش: أي اسم الدراهم م: (يتناولها) ش: أي الستوقة م: (مجازًا) ش: لمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة م: (فكان بيانًا مغيراً فلا بد من الوصل) ش: أي فكان مغيرًا لما اقتضاه أول كلامه، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وآخر كلامه يبين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة، وبين التفسير يصح موصولاً لا مفصولاً .

م: (وإن قال : في هذا كله ألفًا) ش: يعني المذكور من البيع والقرض والغصب، صورته إذا أقر وقال: لفلان علي ألف درهم، أو قال: أودعني ألف درهم، أو قال: غصبت ألف درهم أو أقرضني ألف درهم، أو قاضى ألف درهم، م: (ثم قال : إلا أنه ينقص كذا لم يصدق؛ وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار) ش: أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار م: (والاستثناء يصح موصولاً، بخلاف الزيافة، لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) ش: فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى م: (تصرف لفظي) ش: يعني تصرف في الملفوظ لا فيما في غيره، م: (كما بينا) ش: أنه لا يصح إلا موصولاً .

م: (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام، بانقطاع نفسه فهو واصل) ش: يعني يصح الاستثناء إذا كان الفصل للضرورة المذكورة م: (لعدم إمكان الاحتراز عنه) ش: لأن الإنسان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء، ولا يقدر أن يتكلم بكلام كثير بنفس واحد، فجعل ذلك عفواً وعليه الفتوى، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (قال) ش: أي القدروي -رحمه الله- م: (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله؛ لأن الغصب لا يختص بالسليم) ش: وسواء وصل أم فصل م: (ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) ش: أي لقوله: م: (لا بل أخذتها غصبًا فهو ضامن) ش: أي المقر ضامن، والقول قوله مع يمينه .

فإن قال: أعطيتنيها وديعة فقال: لا بل غصبتنيها لم يضمن . والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ ، والدفع كالإعطاء . فإن قال قائل : الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه. فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك ، فالمقتضى ثابت ضرورة ، فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان ، وهذا بخلاف ما إذا قال : أخذتها منك وديعة ،وقال الآخر:بل قرضًا حيث يكون القول للمقر، وإن أقر بالأخذ ؛ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن ،إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا.

م: (**فإن قال: أعطيتينها وديعة فقال**) ش: أي المقر له م: (**لا بل غصبتنيها لم يضمن ، والفرق**) ش: بين المسألتين م: (**أن في الفصل الأول**) ش: هو قوله : أخذت منك ألف درهم وديعة م: (**أقر بسبب الضمان وهو الأخذ**) ش: لقوله عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى ترد**» .

وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائمًا مقام الأصل، م: (**ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن**) ش: من الإبراء وهو الإذن بالأخذ م: (**والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين**) ش: إلا أن ينكل المقر له عن اليمين م: (**وفي الثاني**) ش: وفي نظر الثاني م: (**أضاف الفعل إلى غيره**) ش: وهو المقر له م: (**وذاك**) ش: أي ذلك الغير وهو المقر له م: (**يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ**) ش: يعني لو قال المقر : قبضت منك ألف درهم وديعة ، فقال المقر له : غصبتها كان ضامنًا ، كان إذا قال : أخذتها وديعة، م: (**والدفع كالإعطاء**) ش: يعني لا يضمن المقر إذا قال : دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له : غصبتها ، كما لو قال : أعطيتني .

م: (**فإن قال قائل : الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول: قد يكون**) ش: أي القبض م: (**بالتخلية والوضع بين يديه**) ش: وهو الجواب بطريق المنع ، ثم قال بطريق التسليم : م: (**ولو اقتضى ذلك**) ش: أي وإن سلمنا أنه اقتضى ذلك كل واحد من التخلية ، والموضع بين يديه قبض ثابت ضرورة ، يعني بطريق الضرورة، فلا يشهر في انعقاد سبب الضمان، م: (**فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده**) ش: فلا يقتضي ثبوته بالضرورة يكون م: (**سبب الضمان ، وهذا**) ش: أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له : أخذتها غصبًا .

م: (**بخلاف ما إذا قال :أخذتها منك وديعة ؛ وقال الآخر : بل قرضًا حيث يكون القول للمقر ، وإن أقر بالأخذ؛ لأنهما توافقا هناك**) ش: أي في القرض م: (**على أن الأخذ كان بالإذن**) ش: وهو السبب مسقط للضمان م: (**إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا**) ش: أي

فإن قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه ، فقال فلان :هي لي فإنه يأخذها ؛لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال: أجرت دابتي هذه فلانًا فركبها وردها ، أو قال آجرت ثوبي هذا فلانًا فلبسه ورده ، وقال فلان : كذبت وهما لي فالقول قوله ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس ، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان، ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان: الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح . وجه القياس ما بيناه في الوديعة . وجه الاستحسان وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه ، وهو المنافع فيكون عدمًا

حكم الوديعة والقرض) .

م: (فإن قال : هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه ، فقال فلان: هي لي ، فإنه) ش: أي فإن فلانًا م: (يأخذها ،لأنه) ش: أي لفلان وادعى استحقاقها عليه ، أي لأن المقر م: (أقر باليد له) ش: أي لفلان م: (وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال :أجرت دابتي هذه فلانًا فركبها وردها ، أو قال: أجرت ثوبي هذا فلانًا فلبسه ورده ،وقال فلان: كذبت وهما لي فالقول قوله ، وهذا) ش:أي كون القول قوله م: (عند أبي حنيفة -رحمه الله -) .

م: (وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو الفياس) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وفي «المبسوط» و«الإيضاح» : وهذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب للمقر ، أما إذا كان معروفًا فإن الدابة والثوب والدار للمقر ، فقال: أعرته لفلان وقبضه فالقول قوله بالإجماع م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور م: (الإعارة والإسكان) ش: بأن قال : أعرتك داري هذه ثم رددتها علي، وأسكنتك داري ثم رددت ، وقال الآخر: داري .

م: (ولو قال : خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته ، وقال : فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) ش: ، احترز به عن قول بعضهم فإنهم قالوا: القول قول المقر بالإجماع، ويكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة -رحمه الله- ، ولكن مشايخنا -رحمهم الله- قالوا : على الاختلاف أيضًا .

م: (وجه القياس : ما بيناه في الوديعة) ش: وهو قوله : «إن المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه » فوجب عليه الرد كما في الوديعة .

م: (وجه الاستحسان وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة) ش: بين الإجارة والوديعة : أن اليد في الإجارة والإعارة م: (ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع ، فيكون عدمًا)

فيما وراء الضرورة ،فلا يكون إقراراً له باليد مطلقًا بخلاف الوديعة ؛لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع .ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ، ولا كذلك في مسألة الوديعة ؛لأنه قال فيها :كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه ، حتى لو قال : أودعتها كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها ؛لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضًا ، وهذا بخلاف ما إذا قال : اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه ، أو أقرضته ألفًا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله ؛

ش: أي اليد م: (فيما وراء الضرورة ، فلا يكون إقرارًا له باليد مطلقًا) ش: أي قصداً من كل وجه م: (بخلاف الوديعة ؛ لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع) .

م: (ووجه آخر) ش: أي في الفرق م: (أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته) ش: أي في كيفية ثبوت اليد بالطريق ،كان كما لو قال: هذا عبدي بعته من فلان ولم يقم العبد إليه بعد ، فقال المقر :لم اشتره كان القول قول المقر . وإن زعم الآخر خلاف، م: (ولا كذلك في مسألة الوديعة ؛ لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه) ش: بأن هبت الريح وألقته في داره ، وكاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها م: (حتى لو قال : أودعتها كان على هذا الخلاف) ش: المذكور، م: (وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها) ش: أي الإعارة والإسكان ، وإنما ذكر ضمير الراجع على الإجارة على تأويل العقد احترز بهذا عن قول الإمام علي القمي فإنه ذكر في الفرق أنه في مسألة الوديعة أخذتها منه يلزم جزاء الأخذ الرد ، وهنا قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع .

وقالوا في شروح «الجامع الصغير» : هذا الفرق ليس بشيء م: (لأنه) ش: أي لأن محمداً م: (ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضًا) ش: فعلم أنه ليس يدري الفرق عليه ؛ وأما علي القمي فهو علي بن موسى تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ الحسن بن زياد ،وهو تلميذ أبي حنيفة، ونسبه إلى قم بضم القاف وتشديد الميم وهي بلدة معروفة بالعراق .

م: (وهذا) ش: أي الذي ذكر في الإجارة وأختيها م: (بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه ، أو أقرضته ألفًا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له ، حيث يكون القول قوله) ش:

لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ، ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره . أما ههنا المقبوض عين ما أدعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. ولو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر: لا ،بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر، فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه، وقد يكون ذلك في ملك يد المقر ، وصار كما إذا قال خاط

أي كون المقر مع يمينه ، م: (**لأن الديون تقضي بأمثالها ، وذلك**) ش: أي قضاء الديون بأمثالها م: (**إنما يكون بقبض المضمون**) ش: ليصير دينًا على الدائن ثم يتقاصان ، م: (**فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة**) ش: أي ثم ادعى عليه ما يبرئه وهو المقاصة م: (**والآخر ينكره**) ش: فكان القول للمنكر .

م: (**أما ههنا**) ش: يعني في صورة الإجارة وأختيها م: (**المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا**) ش: أي الحكمان حكم الإقرار باقتضاء الدين، وحكم الإجارة يوضحه أن الدين يقضي بالمثل ، فإذا أقر باقتضاء الدين كان مقدراً بأصل مثل حقه والمثل ملك المقر في الأصل ، فيكون مقرًا به فيرد على المقر له .

وأما في صورة الإجارة فالمقبوض غير ما ادعى فيه هذه الأشياء، فلا يكون مقرًا بالملك للمقر له .

م: (**ولو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم**) ش: هذه مسائل «المبسوط» ذكرها تقريبًا م: (**وذلك كله**) ش: أي والحال أن ذلك كله م: (**في يد المقر فادعاها فلان**) ش: أنها له م: (**وقال المقر: لا بل ذلك كله لي استعنت بك**) ش: أي على الزراعة وعلى البناء وعلى الغرس م: (**ففعلت**) ش: أي هذه الأشياء م: (**أو فعلته بأجر فالقول للمقر**) ش: أي المقر يده في الحال، م: (**لأنه ما أقر له**) ش: أي لفلان م: (**باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه**) ش: أي من فلان، وذا لا يدل على اليد ، لأن العمل قد يكون من العين والأجير ، واحترز بقوله بمجرد الفعل ما لو أقر أن فلانًا ساكن في هذا البيت ، وادعى فلان البيت، فإنه يقضى به للساكن على المقر ؛ لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن، فقال: إقرار باليد للغير مع الفعل وإقراره حجة عليه ، وما يثبت بإقراره كالعائن في حقه ، كذا في «المبسوط» .

م: (**وقد يكون ذلك**) ش: أي الفعل في الغير م: (**في ملك يد المقر**) ش: فإنه لا يؤمر بالرد عليه لأنه لم يقر بالقبض معه بعدما أقر بهذه الأشياء م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا قال: خاط**

لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ، ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ، ويكون القول للمقر؛ لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبًا في يد المقر كذا هذا.

لي الخياط قميصي هذا بنصف ، درهم ولم يقل: قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ،ويكون القول للمقر ؛لأنه بفعل منه) ش: وذا لا يدل على اليد م: (**وقد يخيط**) ش: الخياط م: (**ثوبًا في يد المقر**) ش: بأن خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد الخياط عليه م: (**كذا هذا**) ش: أي وكذا حكم المسألة المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر ، والله أعلم .

* * *

باب إقرار المريض

قال: وإذ أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم، وقال الشافعي - رحمه الله - : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما ،وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة.ولنا :أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث.

م: (**باب إقرار المريض**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم إقرار المريض ، وإنما أفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري :م: (**وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة**) ش: مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة ، وأقر أيضًا بديون غيره معلومة الأسباب م: (**فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم**) ش: على ما أقر به في مرضه .

وقال القاضي الحنبلي : قياس من مذهب أحمد أن دين الصحة أولى إذا ضاق مال عنها وهو قولنا ، وبه قال النخعي والثوري .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما، وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق**) ش: وهي في الحالين م: (**فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة**) أي صار إقراره في المرض كتصرفه بالبيع والنكاح فيستوي الحالان ، وبه قال مالك : -رحمه الله- والمزني والتهمي -من أصحاب أحمد- وأبو ثور وأبو عبيدة .

وذكر أبو عبيدة أنه مذهب أهل المدينة .

م: (**ولنا: أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه**) ش: أي في الإقرار م: (**إبطال حق الغير**) ش: كما رهن أو أجر ثم أقر أنه بغيره لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به م: (**وفي إقرار المريض ذلك**) ش: أي إبطال حق الغير م: (**لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء**) ش: أي من حيث الاستيفاء م: (**ولهذا منع**) ش: أي المريض م: (**من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث**) ش: إذا أحاطت الديون بماله ، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين .

وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي -رحمه الله- من الاستواء بين حالة الصحة

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل.وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة .وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير ، وهذه حالة العجز ، وحالتا المرض

وحالة المرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة المرض كما في حالة الصحة .

فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد يضمن إبطال حق بقية الورثة ؟ .

أجيب : بأن استحقاق الوارث المال والمورث جميعًا ، فالاستحقاق يضاف إلى أحدهما وجوبًا وهو الموت ، بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت .

م: (**بخلاف النكاح**) ش: جواب عما استشهد به الشافعي -رحمه الله- من إنشاء النكاح ؛ وتقريره: أن يقال: لا يلزمنا إنشاء النكاح، م: (**لأنه من الحوائج الأصلية**) ش: والمرء غير ممنوع منها ، لأن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق إليه إلا بالنكاح م: (**وهو**) ش: أي النكاح م: (**بمهر المثل**) ش: هو من الحوائج الأصلية، وهذه جملة حالية، تقريره : أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل والزيادة عليه باطلة ، والنكاح جائز .

فإن قيل : لو تزوج شيخ فان رأسه جاز ، وليس بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية؟ .

أجيب : بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح الميت ، والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فإن الحال مما لا يوقف عليها .

م: (**وبخلاف المبايعة بمثل القيمة**) ش: يعني المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء، م: (**لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة**).

ش: والمالية باقية م: (**وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال**) ش: هذا جواب عما يقال: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين بالصحة، لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر؛ أجاب بقوله : وفي حال الصحة لم يتعلق الدين بالمال م: (**لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير**) ش: أي تثمير المال وهو تثمير ، ومنه قولهم ثمرة ماله ، أي كثرة فإذا تحقق التثمير لم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله، م: (**وهذه**) ش: أي حالة المرض م: (**حالة العجز**) ش: أي على الاكتساب فتعلق حقهم به حذرًا عن الهوى، وكذا في المرض جواب عما يقال: سعى إذا أقر في حالة المرض سائبًا لا يصح لتعلق حق المقر الأول بماله، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله .

فأجاب عنه بقوله : م: (**وحالتا المرض**) ش: أي حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن

حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن المولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له ، وذلك مثل بدل مال ملكه لو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض؛لأن في إيثار بعض إبطال حق الباقين ،وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء

يتصل بهما الموت م: **(حالة واحدة)** ش: في حق الحجر ، فكانا بمنزلة إقرار واحد لما أن حالة الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعًا ، م: **(لأنه)** ش: أي لأن المرض م: **(حالة الحجر)** ش: عن التصرف فيما لا يجوز .

م: **(بخلاف حالتي الصحة والمرض ؛ لأن الأولى)** ش: أي حالة الصحة م: **(حالة إطلاق)** ش: للتصرف م: **(وهذه)** ش: أي حالة المرض م: **(حالة عجز فافترقا)** ش: ، ولو قال: حالة العجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق ، أي المذكورين من الحكمين دين الصحة ودين المرض ، وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال : م: **(وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له)** ش: أي لأن النبي ﷺ قال : « **المعاين لا يرد** » م: **(وذلك)** ش: إشارة إلى مثال الديون المعروفة الأسباب .

فقال : م: **(مثل بدل مال ملكه)** ش: كالثمن في البيع والقرض م: **(لو استهلكه)** ش: أي مثل بدل مال استهلكه م: **(علم وجوبه)** ش: أي وجوب بدل المال المذكور م: **(بغير إقراره)** ش: إما بالبينة أو بعلم القاضي ، م: **(أو تزوج امرأة بمهر مثلها)** ش: فإنه أيضًا من المعروفة الأسباب ،م: **(وهذا الدين)** ش: يعني الدين وقع في مرضه على الوجه المذكور م: **(مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا)** ش: إشارة إلى قوله: إذ المعائن لا مرد له كذا قاله الأترازي ، وقال : لما بينا إشارة إلى قوله : إنه من الحوائج الأصلية .

م: **(ولو أقر بعين في يده لآخر)** ش: يعني إذا أقر بعين سواء كانت أمانة أو مضمونة م: **(لم يصح)** ش: أي إقراره م: **(في حق غرماء الصحة، لتعلق حقهم به)** ش: ، وعند الشافعي -رحمه الله- ومالك وأحمد -رحمهما الله- في رواية يصح لما في الدين ، وكذا يجوز عندهم أن تقضى دين بعض الغرماء به ما دون البعض بناء على أصلهم أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر ، فكان في رقبته من الدين ، وقضاءه بالمرض والصحة سواء .

م: **(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء)** ش: إذا كانت معروفة الأسباب سواء لأن حق الكل

إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة . قال وإذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض ، لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة ، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته . قال: فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره ، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر - رضي الله عنه - إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ، ولهذا تقدم حاجته في التكفين .

يتعلق بالمال م: **(إلا إذا قضى ما استقرض)** ش: استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ، ومعناه: إذا قضى ما استقرض م: **(في مرضه)** ش: أي حال كونه في مرضه م: **(أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم)** ش: أي والحال أنه قد علم وجوبه م: **(بالبينة)** ش: أو بالمعاينة جاز ذلك وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره ، لأنه لو لم يبطل حق الغرماء وإنما حوله من محل إلى محل يعد له .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وإذا قضيت)** ش: على صيغة المجهول م: **(يعني الديون المقدمة)** ش: وهي ديون الصحة والديون اللازمة بأسباب معلومة م: **(وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض؛ لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة)** ش: لئلا تضيع حقوقهم م: **(فإذا لم يبق حقهم)** ش: أي حق غرماء الصحة م: **(ظهرت صحته)** ش: أي صحة إقراره في مرضه ، لأنه حينئذ كأنه لم يبق دين الصحة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره)** ش: لعدم المانع م: **(لأنه لم يتضمن)** ش: أي لأن إقراره هذا لم يتضمن م: **(إبطال حق الغير ، وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر -رضي الله عنه- إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته)** ش: هذا غريب لم يتصل ثبوته ، وأيضًا نسبته إلى عمر غير صحيح ، وإنما هو عن ابن عمر -رضي الله عنه- ؛ لأنه روى في «مبسوط خواهر زاده» وغيره عن ابن عمر -رضي الله عنه- لا عمر -رضي الله عنه- .

وكذلك روى في «الأصل» جده محمد بن الحسن فيه عن يعقوب -رحمه الله - عن محمد ابن عبيد الله العرزمي- رحمه الله - عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنه- أنه قال : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز ، وإن أحاط ذلك بماله وزاد على ذلك الأترازي : وأما الكمال وشيخه الكاكي فقد مشيا على ما هو المذكور في «الهداية» ولم ينبه أحد منهما على ما قلنا ، م: **(ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ)** ش: الحاجة م: **(ولهذا تقدم حاجته في التكفين)** ش: والتجهيز على الإرث .

قال: ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقية الورثة. وقال الشافعي- رحمه الله - في أحد قوليه يصح ؛ لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام :«لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ».

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله -: م: (**ولو أقر المريض لوارثه**) ش: بدين أو غيره م: (**لا يصح ، إلا أن يصدق فيه**) ش: أي في إقراره ببينة الورثة م: (**بقية الورثة**) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم بن سالم وأبو هاشم والشافعي في قول .

م: (**وقال الشافعي في أحد قوليه يصح**) ش: وهو الأصح ، وبه قال أبو ثور- رحمه الله - ، وهو قول عطاء والحسن البصري - رحمهما الله - .

وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويبطل إزاءهم كمن لم يثبت وابن عمر -رضي الله عنه - ، وابن عمر فأقر لا بينة لم يقبل ؛ ولو أقر لابن عمه قبل ، واختاره الروياني من أصحاب الشافعي-رحمه الله- لفساد الزمان .

وقال مالك : لو أقر لأجنبي لا يصح في رواية إذا كان متهمًا بأن الأجنبي صديقًا له ملاطفًا ، و المقر يورث كلالة ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإقرار م: (**إظهار حق ثابت**) ش: يعني إخبار عن حق لازم عليه م: (**لترجح جانب الصدق فيه**) ش: أي في هذا الإقرار ، لأن حال المريض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق ، فكان كحال الصحة ، بل أدل فلا أثبت الحجر عن الإقرار به م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر**) ش: نحو أن يقر المجهول النسب أنه يصح وأن يضمن وصول شيء من التركة إليه م: (**وبوديعة مستهلكة للوارث**) ش: أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ :م: (**«لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»**) ش:[1] . هذا الحديث رواه الدارقطني في «سننه» عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد -رحمهم الله- عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : لا وصية. . . إلى آخره . وهو مرسل . ونوح بن دراج ضعيف، نقل عن أبي داود أنه قال : أبان يضع الحديث .

وقال الأترازي- رحمه الله -: ولنا حديث الدارقطني وساقه إلى آخره ولم يقف على حاله

---

(١) موضوع : رواه الدارقطني في الوصايا (٤/ ١٥٢) ، عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه . . . مرفوعًا ، وهو مرسل. ونوح بن دراج قال فيه أبو داود : كان يضع الحديث.

ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ،ولأن حالة المرض حالة الاستغناء ، والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ؛ لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا، ثم هذا التعليق حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره.قال: فإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا. والقياس: أن لا يجوز إلا في الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي ،

وكذا قال الأكمل- رحمه الله - . ولنا قوله عليه السلام . . . الحديث ، ثم قال: وهو نص في الباب، لكن شمس الأئمة - رحمه الله -قال : هذه الزيادة غير مشهورة، يعني قوله: والإقرار له بدين، والمشهور قول ابن عمر -رضي الله عنهما - وقد مر عن قريب، م: (ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ،ولهذا) ش: أي ولأجل تعلق حق الورثة بماله في مرضه م: (يمنع من التبرع على الوارث أصلاً) ش: مثل الوصية والهبة م: (ففي تخصيص البعض به) ش: أي التبرع م: (إبطال حق الباقين ، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) ش: أي عن المال لظهور آثار الموت فيه ،م: (والقرابة سبب التعلق) ش: أي سبب تعلق حقهم بماله .

م: (إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة) ش: أي في حالة الصحة م: (لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) ش: أي مع المريض، م: (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) ش:، هذا جواب عما يقال: الحاجة موجودة في حق الوارث أيضًا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث ، فأجاب عنه بقوله وقل ما يقع المعاملة مع الوارث .

اعلم أن قل فعل دخلت عليه كلمة ما ومعناه إخبار عن وقوع هذا الفعل بقلة ، ووجه ذلك كان البيع للاسترباح ، والاسترباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح م: (ولم يظهر) ش: أي هذا التعليق.

م: (في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا) ش: أي بقاء نسله والإقرار بالنسب بفعل ، لأنه من الحوائج الأصلية ، ولأن فيه حمل النسب على نفسه وصح ، وإذ ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة . م: (ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره) ش: وهذا ظاهر م: (فإن أقر الأجنبي جاز وإن أحاط) ش: أي إقراره م : (بماله لما بينا) ش: أشار به إلى قوله : لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه م: (والقياس: أن لا يجوز إلا في الثل؛ لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول :لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقى

لأنه الثلث بعد الدين ثم ، وثم حتى يأتي على الكل. قال: ومن أقر لأجنبي ثم قال : هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فـإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لهـا . وجه الفرق أن دعوى النسب تسند إلى وقت العلوق ، فتبين أنـه أقر لابنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية، لأنهـا تقتصر على زمان التـزوج فبقي إقراره لأجنبـية . قال ومن طلق زوجـته في مرضه ثلاثًا ثم أقـر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة ، وباب الإقرار مسدود للورثة ، فلعله أقـدم على هذا الطلاق ليـصح إقـراره لها زيادة عـلى ميـراثهـا ولا تهمـة في أقل الأمرين فيثبت

لأنه الثلث بعد الدين) ش: محل التصرف فينفذ الإقرار في الثلث الثاني م: **(ثم وثم حتى يأتي على الكل)** ش: هكذا ذكر في« الإيضاح» أيضًا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(ومن أقر لأجنبي ثم قال :هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها)** ش: ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمه الله- في قول لا يصح إقـراره للوارث ، وبه قال أحمـد في الأصح والشـافـعي في القـديم ومالـك ، واختـاره الروياني وأبو إسحاق من أصحابه .

وقال في الجديد وهو الأظهر في مذهبه وأحمد في رواية ،م: **(لم يبطل إقراره لها وجه الفرق)** ش: أي بين المسـألتين م: **(أن دعوى النسب تسـتند إلى وقت العلوق ، فتبين أنه أقـر لابنه فلا يصح)** ش: معناه أن النسب إذا ثبت يثبت مسـتنداً إلى وقت العلوق ، فيـتبين بثبوت النسب أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل م: **(ولا كذلك الزوجية ،لأنها)** ش: أي لأن الزوجية م: **(تقتصر على زمان التزوج)** ش: قضاه إذا ثبتت الزوجية تثبت مقتصرة على زمان العقد، م: **(فبقي إقراره لأجنبية)** ش: فلا يبطل وفي قول زفر -رحمه الله- يبطل الإقرار لها بالدين، بخلاف الزوجية .م: **(قال)** ش: أي القدوري- رحمه الله -م: **(ومن طلق امرأته)** ش: ،وفي نسخة : زوجته م: **(في مرضه ثلاثًا ثم أقـر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن مـيراثها)** ش: أي من الزوج م: **(منه لأنهما متهـمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح)** ش: لأن هذا إذا كانت مؤقتة قبل انقضاء العدة ،فإن مات مثلاً جاز م: **(إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت)** ش: أي أقل الأمرين . وقال الأسبيجابي في « شرح الكافي»: ولو أقر لأمرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ويحاص غرماء الصحة . ولو أقرت في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق . وفي «الفتاوى الصغرى» : المريضة إذا أقرت باستيفاء مهر فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح، والله أعلم .

***

فصل

قال: ومن أقر بغلام يولـد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغـلام ثبت نسبه منه وإن كان مـريضًا ، لأن النسب مما يلزمـه خاصة فـيصح إقراره به، وشـرط أن يولد مثله لمثله كـيلا يكون مكذبًا في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف؛ لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه، إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصليـة ويشارك الورثة في الميرات لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .

فصل

أي هذا فصل في بيان الإقرار بالنسب ولعلته بالنسبة إلى الإقرار بالمال أخر ذكره . م: (**قال: ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه**) ش: أي مثل هذا الغلام فولد لمثل هذا الرجل لئلا يكون مكذبًا في الظاهر ، م: (**وصدقه الغلام ثبت نسبه منه**) ش: أي فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه ، أما إذا كان لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منه بدون تصديقه . وهذان شرطان شرطهما القدوري لأن المسألة من مسائله في « مختصره »، وسيذكره المصنف، م: (**وإن كان مريضًا**) ش: واصل بما قبله أي وإن كان المقر مريضًا م: (**لأن النسب مما يلزمه خاصة**) ش: لأنه حمل النسب على نفسه لا على غيره م: (**فيصح إقراره به**) ش: لأن النسب عما يحتاط فيه ، م: (**وشرط**) ش: أي القدوري : م: (**أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبًا في الظاهر**) ش: وعند الشافعي وأحمد : لا يشترط تصديقه وتكذيبه إذا لم يكن مكلفًا كالصغير والمجنون عبر عن نفسه أولاً .

وفي «الكبير » : يشترط تصديقه . وقال مالك : لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحس أو الشرع سواء كان كبيراً أو صغيراً ، وإن كذبه الحس بأن يكون لا يولد مثله لئلا يثبت نسبه بلا خلاف .

وقال مالك أيضًا : لو كذبه العرف بأن يتيقن الناس بأنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سنديًا والرجل فارسيًا لا يثبت نسبه ، ولا يكون الغلام حراً ذكره في « الجواهر» . م: (**وشرط**) ش: أي القدوري أيضًا : م: (**أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره ، وإنما شرط**) ش: أي القدوري م: (**تصديقه**) ش: أي تصديق الغلام م: (**لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل**) ش: أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله : وإن كان الدعوى الصبي في يديهمام: (**ولا يمتنع بالمرض**) ش: أي لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض م: (**لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثه في الميراث ، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته**) .

قال: ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى ،لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير، وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة، لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق . وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ،ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت ، وكذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها ؛ لأن الإرث من أحكامه وهذا .

م: (**قال:**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى، لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير**) ش: ،كل ذلك يجوز بالشرائط المذكورة ، ويشترط أن يصدقة الأب والأم إذا كانا عاقلين ، وفي هذا إجماع لا خلاف فيه ، وإنما أطلق المولى ليشتمل الأعلى والأسفل جميعا م: (**ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا**) ش: وهو : أن موجب الإقرار يثبت لهما بينهما بتصادقهما ، وليس فيه حمل الغيب على الغير ، ويشترط أن تكون المرأة خالية عن الزوج وعدته ، ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختًا وأربع سواها، م: (**ولا يقبل بالولد**) ش: أي ولا يقبل إقرار المرأة بالولد م: (**لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ؛ لأن النسب منه**) ش: أي من الزوج م: (**إلا أن يصدقها الزوج ، لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة ، لأن قول القابلة في هذا مقبول ، وقد مر في الطلاق**) ش: أي في باب ثبوت النسب عند قوله فإن حجة الولادة بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة حتى لو نفاه الزوج الملاعن م: (**وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى**) ش: فهو عند قوله : وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها ، لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

م: (**ولا بد من تصديق هؤلاء**) ش: بلا خلاف لأنه في أيدي أنفسهم ، فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم، م: (**ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر ، لأن النسب يبقى بعد الموت**) ش: ، ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري، معناه : أن المقر بالنسب إذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه ، فإذا صدق في حال حياة المقر صح ، فكذا إذا صدق بعد موته لبقاء النسب بعد الممات .

م: (**وكذا يصح تصديق الزوجة**) ش: أي زوجها في إقراره بالنكاح بعد موته م: (**لأن حكم النكاح باق**) ش: أي بعد الموت وهو العدة ، وهذا بالإتفاق م: (**وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها**) ش: أي وكذا يصح تصديق زوج المرأة بعد موتها إذا أقرت بالنكاح ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - حتى يجب عليه مهرها وله الميراث منها م: (**لأن الإرث من أحكامه**) ش: أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة م: (**وهذا**) ش: أي تصديق الزوج بعد

وعند أبي حنيفة- رحمه الله- لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار. قال: ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب ، لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له ، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه ، لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه عند عدم

موتها م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله - لا يصح ؛ لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا**) ش: ، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعًا سواها م: (**ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث**) ش: ، هذا جواب عما يقال على وجه الإيراد على قول أبي حنيفة وهو أن يقال : سلمنا أن تصديق الزوج في إقرار الزوجة بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع حكم التزوج بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا خلافًا للشافعي ، ولكن لا يجوز تصديق الزوج إياها بعد موتها على اعتبار الإرث ، لأن التصديق إذا ثبت يستند إلى أول الإقرار ، وفي تلك الحالة لا يوجد الإرث لأنه لا يتحقق إلا بعد الموت ، وهو معنى قوله : م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأرث م: (**معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت**) ش: أي الإرث م: (**بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار**) ش: وفي هذه الحالة لم يوجد الإرث كما ذكرنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب**) ش: ، وإن صدق المقر له بالنسب لا بد له من البينة ، كذا في«التحفة» م: (**لأن فيه**) ش: أي لأن في هذا الإقرار م: (**حمل النسب على الغير**) ش: لأن في إقراره بالأخ يكون حمل النسب على الأب ، وفي إقراره بالعم يكون حمل النسب على الجد م: (**فإن كان له**) ش: أى لهذا المقر بالأخ أو بالعم م: (**وارث معروف قريب**) ش: كصاحب الفرض أو العصبة م: (**أو بعيد**) ش: كذي رحم م: (**فهو أولى بالميراث**) ش: أي بميراث هذا المقر إذا مات كان أولى م: (**من المقر له**) ش: بالأخ أو بالعم .

م: (**لأنه لما لم يثبت نسبه**) ش: أي نسب المقر له م: (**منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له**) ش: وهو الأخ أو العم م: (**ميراثه ؛ لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث**) ش: فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه**) ش: أي بجميع ماله ، فإذا كان كذلك عند عدم الوراث فيستحق المقر له المذكور م: (**عند عدم**

الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقية حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له ، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ؛ لأن رجوعه صحيح ، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار . قال: ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا ويشاركه في الميراث ، لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ، ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في

الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير، وليست هذه وصية حقيقية) ش: بيان هذا أن المقر له المذكور إذا لم يكن وارثاً كان له أن يتصرف في ماله بما شاء حتى يجوز له أن يوصي بجميع ماله ، فإذا أقر بما لا يثبت نسبه صار كأنه أقر من حبه تصرف ماله فكأنه أوصى له به ، وليس هذا بوصية في الحقيقة أوضح ذلك بقوله : م: **(حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة . ولو كان الأول)** ش: أي الإقرار بالأخ م: **(وصية لاشتركاً)** ش: أي الأخ والموصى له بجميع ماله م: **(نصفين لكنه)** ش: استدراك من قوله : وليست هذه وصية حقيقة ، أي لكن الإقرار بنسب الأخ أو العم م: **(بمنزلته)** ش: أي بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع ، ولو لم يكن بمنزلة الوصية لما صح الرجوع ثم أوضح ذلك أيضاً بقوله :

م: **(حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ، ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له)** ش: بالجميع م: **(ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ؛ لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار)** ش: وينبغي أن يعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت كما نحن فيه ، فإذا ثبتالنسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(من مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت أخيه لما بينا)** ش: وهو أن فيه حمل النسب على الغير م: **(ويشاركه في الميراث)** ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- وأكثر أهل العلم ، وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يشارك في الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكي ذلك عن ابن سيرين ، م: **(لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق)** ش: يقبل إقراره بالعتق ولا يقبل إقراره ، أي في عدم الرجوع بالثمن ، لكن لا يعتبر في حق الرجوع بالثمن على البائع وهو معنى قول : م: **(لم يقبل إقراره عليه، حتى لا يرجع عليه بالثمن ،ولكنه يقبل في**

حق العتـق . قال من مات وترك ابنين وله عـلى آخر مائة درهم فـأقر أحـدهما أن أباه قبـض منها خمـسين لا شيء للمقر وللآخـر خمسون ،لأن هذا إقـرار بالدين على الميت ؛ لأن الاستيـفاء إنما يكون بقبض مـضمون، فإذا كذبه أخـوه استغرق الدين نصـيبه كما هو المذهب عـندنا. غاية الأمر أنهما تصـادقا على كون المقبوض مشـتركًا بينهما ، لكن المقـر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيودي إلى الدور .

حق العتق) ش: حتى يعتق عليه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن مـات وترك ابنين وله على آخر مـائه درهم فأقر أحدهما أن أبـاه قبض منها خمسـين لا شيء للمقر وللآخر خـمسون؛ لأن هذا إقرار بالدين على الميت ؛ لأن الاستيفـاء إنما يكون بقبض مضمون**) ش: لأن الديون تقضى بأمثالها م: (**فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا**).

ش: قـال الأترازي : احـترز عن قـول ابن أبي ليلى ، فـإن عند هلاك الـدين تسـبب الإقـرار ليستتبع في النصين .

وقـال الكاكي -رحمه الله- : قوله كما هو المذهب عندنا ، وبه قال الشـافعي -رحمه الله- في قـول . وقـال الشافعي -رحـمه الله- في قـول وأحـمد -رحـمه الله- يلزمه نصف الدين، وهو قياس مذهب مالك -رحمه الله-وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور .

م: (**غاية الأمر**) ش: هذا جواب عما يقال : إن زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض عن التركة كما في زعـم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كـون المقبوض مشتركًا بينهما ، فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر له ، أي نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما ؟

فأجاب بقوله : غاية الأمر : م: (**أنهما**) ش: أي المقر والمكذب م: (**تصادقا على كون المقبوض مشتركًـا بينهما ، لكن المقر لو رجع على القـابض بشيء لرجع القابض على الغريم**) ش: لزعمه أن أباه لـم يقبض شيئاً ، ولـه تمام الخمسين بسبب سابق قبل القرض ، وقد انتقض في هذا المقدار، م: (**ورجع الغريم على المقر**) ش: لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث م: (**فيؤدي إلى الدور**).

انتهى الجزء التاسع يليه الجزء العاشر :

أوله كتاب « الصلح »

* * *

فهرس محتويات

الجزء التاسع

من

البناية

شـرح الهداية



فهرس المحتويات

كتاب أدب القاضي

كتاب الشهادة

كتاب الرجوع عن الشهادة

كتاب الوكالة

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

